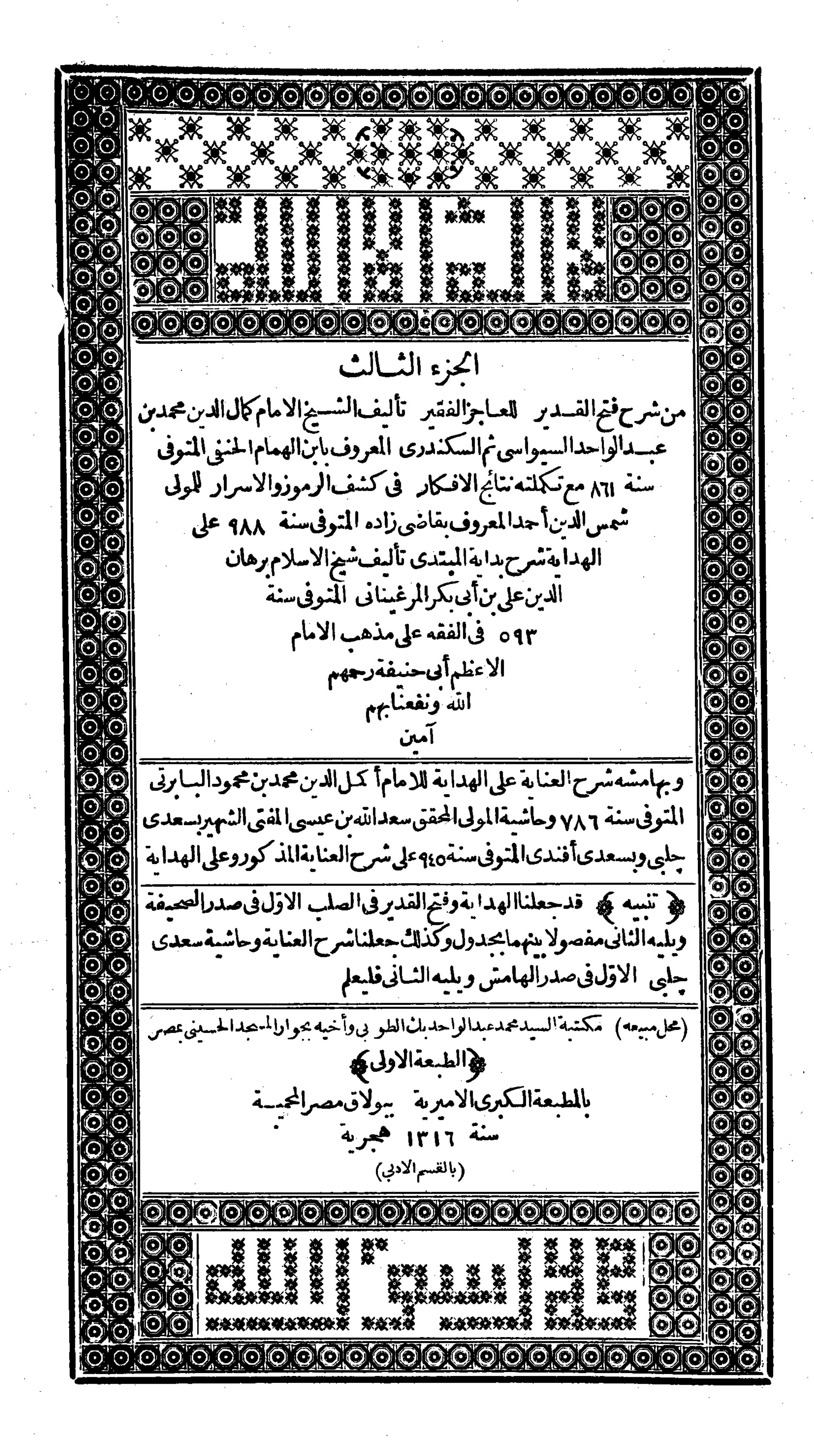


الجزء الثالث

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن
عبد الواحد السيواسى ثم السكندرى المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى
سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار للمولى
شمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على
الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان
الدين على بن أبى بكر المرغينانى المتوفى سنة
٥٩٣ فى الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبى حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

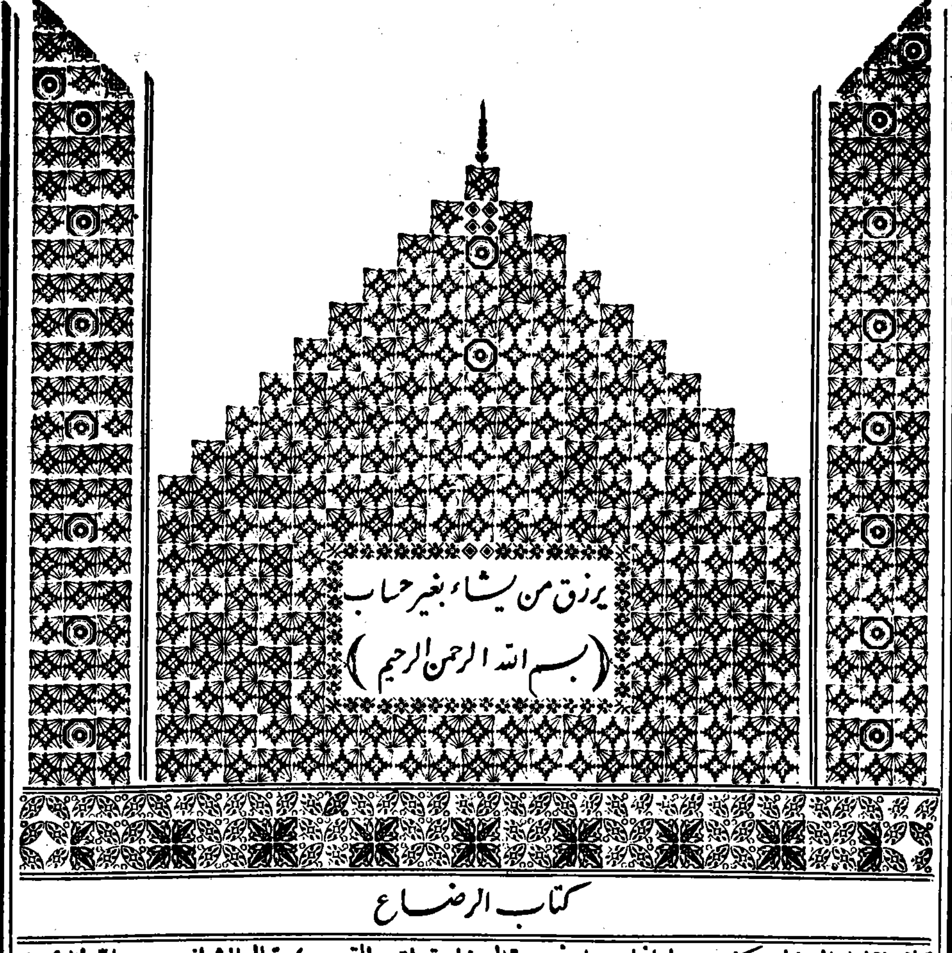
وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى
جلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تنبيه﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير فى الصلب الاول فى صدر الصحيفة
ويليه الثانى مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى
جلبى الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى فليعلم

(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر

﴿الطبعة الاولى﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٦ هجرية
(بالقسم الادبى)

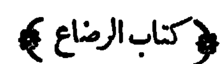


كتاب الرضاع

قال (قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلاة والسلام

﴿كتاب الرضاع﴾

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا فى ابتداء نشأته الا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهى من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره الى آخر أحكامه قيل وكان ينبغى أن يذكره فى المحرمات لكنه أفرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق أنه ذكر فى المحرمات ما تتعلق المحرمية به وانما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحهما أربع لغات والرضع الخامسة وأنكر الاصمعى الكسر مع الهاء وفعله فى الفصيح من حد علم يعلم وأهل نجد قالوا من باب ضرب وعليه قول السلولى يذم علماء زمانه * وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها * ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد رحمه الله انما ألفه بعض أصحابه ونسبه اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد أبو الفضل فى مختصره المسمى بالكافى مع التزامه ايراد كلام محمد رحمه الله فى جميع كتبه محذوفة التعاليل وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك فى كتاب النكاح وهو فى اللغة مص اللبن من الثدى ومنه قولهم لئيم راضع أى يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفى الشرع مص الرضيع اللبن من ندى الآدمية فى وقت مخصوص أى مدة الرضاع المختلف فى تقديرها (قوله قليل الرضاع وكثيره سواء اذا تحقق فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) وبه قال مالك أما الوشك فيه بان أدخلت الحلمة فى فم الصغير وشكت فى الارتضاع لا تثبت


﴿كتاب الرضاع﴾

لم يذكر عامة مسائل الرضاع فى فصل المحرمات وأتى بكتاب له على حدة لما ان له أحكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق فى حرمة المصاهرة وكما ان الاعلاق أمر خفى وله سبب ظاهر أقيم مقامه وهو الوطء كذلك نشور العظم وانبات اللحم أمر خفى وله سبب ظاهر وهو الارضاع فأقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدى وفى الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدى مخصوص وهو ثدى الآدمية فى وقت مخصوص على ما نذكر بعد (وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) عندنا وقال الشافعى لا يثبت الرضاع الا بخمس رضعات يكتفى الصبى بكل واحدة منها

﴿كتاب الرضاع﴾

(قوله وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية الخ) أقول يعنى شبهة الجزئية

لاتحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان

الحرمة بالشك وهو كالو علم ان صبية أرضعتها امرأة من قرية ولا يدرى من هى فتزوجها رجل من اهل
تلك القرية صح لانه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبى
من غير ضرورة واذا أرضعن فليحفظن ذلك و يشهرنه و يكتبنه احتياطا وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت
التحريم الا بخمس رضعات مشبعات فى خمسة أوقات متفاصلة عرفا وعن أحمد رحمه الله روايتان
كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم لاتحرم المصة والمصتان الحديث رواه مسلم فى حديثين صدره
حديث عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لاتحرم المصة والمصتان وآخره عن أم الفضل بنت
الحرث قالت دخل اعرابى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيتى فقال يارسول الله انى كانت لى
امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتى الاولى انها أرضعت الحدثى رضعة أو رضعتين فقال صلى الله
عليه وسلم لاتحرم الاملاجة والاملاجتان وأخرج ابن حبان فى صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن
الزبير عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان
فقول شارح فى قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت فى كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة
الارضاعة والتاء للوحدة والاملاج الارضاع وأملجته أرضعته وملج هو امه رضعها وهذا الحديث لا يصلح
لاثبات مذهبه وقيل يمكن أن يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة فى المصتين فحاصله لاتحرم
المصتان ولا الاملاجتان فنفى التحريم عن اربع فلزم أن يثبت بخمس وهذا ليس بشئ أما أولا فلأن
مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات فى أوقات وأما ثانيا فلأن المصة غير الاملاجة
فان المصة فعل الرضيع والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فحاصل المعنى أنه صلى الله عليه وسلم نفى كون
الفعلين محرمين منه ومنها وعلى هذا التحقيق انه لا يتأتى حديثا واحدا الا ان الاملاج ليس حقيقة المحرم
بل لازمه من الارتضاع فنفى تحريم الاملاج نفى تحريم لازمه فليس الحاصل من لاتحرم الاملاجتان الا
لاتحرم لازمهما أعنى المصتين فلو جمعا فى حديث واحد كان الحاصل لاتحرم المصتان فلزم أن لا يصح
أن يراد الا المصتان لا الاربع فان قلت فقد ذكرت آنفا حديثا واحدا فى صحيح ابن حبان من روايه
ابن الزبير عن أبيه رضى الله عنه قلت يجب كون الراوى وهو الزبير أراد أن يجمع بين ألفاظه صلى الله
عليه وسلم التى سمعها منه فى وقتين كأنه قال قال صلى الله عليه وسلم لاتحرم المصة ولا المصتان وقال أيضا
لاتحرم الاملاجة ولا الاملاجتان وقيل بطريق آخر وهو انه ناف لمذهبنا فيثبت به مذهبه لعدم
القائل بالفصل وليس كذلك فانه قال بالفصل أبو ثور وابن المنذر وداود وأبو عبيد وهؤلاء أئمة
الحديث قالوا المحرم ثلاث رضعات اللهم الا أن لا يعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة الى وجه
قول الشافعى رحمه الله وذلك أن الذى أثبت به مذهبه ما فى مسلم عن عائشة رضى الله عنها قالت
كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن
فتوفى النبى صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن قالوا وهذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم
يبلغه كان يقرؤها وهو لا يستقيم الا على ارادة نسخ الكل والا لزم ضياع بعض القرآن الذى لم ينسخ
وعدمه كما عن الروافض والاوجب أن تتلى خمس رضعات الخ فدار الامر بين الحكم بنسخ الكل
لعدم التلاوة الآن فينبغى أن يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعدمه فيثبت قول الروافض
ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تثبته الصحابة رضى الله عنهم واذا بطل التمسك
به وان كان اسناده صحيحا الانقطاعه باطنا وثبت نفى تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجب
التحريم بالثلاث وما روى عنها انه كان فى صحيفة تحت سريرى فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا
بموته فدخلت دواجن فأكلتها لا ينفى ذلك النسخ يعنى كان مكتوبا ولم يغسل بعد القرب حتى دخلت

لقوله عليه السلام لاتحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير محرم وأما ان يكون منحصرا فى خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل وفيه نظر لان من أصحاب الظواهر من يقول بثلاث رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عائشة كان فيما أنزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أدل على المطلوب

قال المصنف (لقوله صلى الله عليه وسلم لاتحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة الحديث) أقول الاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة

ولناقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن

الدواجن والافالقرآن لاتجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم قال تعالى انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون ومافيه لم يكن نسخ الكل ويكون نسخ التلاوة مع بقاء الحكم وان هذا مما لاجواب عنه فليس بشئ لان ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج الى دليل والافالاصل ان نسخ الدال يرفع حكمه وأماما نظر به من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا علم بالسنة والاجماع لم يثبت به واذا احتاج الى ثبوت كون المحرم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا له فالدليل عليه مستأنف وماذكره أولاقد سمعت مافيه فحينئذ تمسكهم فى الثلاث أظهر من متمسكه فى الخمس ونحن الى جوابه أحوج فكيف لايعتبر نعم أحسن الادلة له حديث عائشة رضى الله عنها فى مسلم وغيره قالت جاءت سهلة بنت سهيل امرأة أبى حذيفة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله إنى أرى فى وجه أبى حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم أرضعى سالما خمسا تحرمى بها عليه الاان مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل فى مسند الشافعى رحمه الله مخالفها على مافيه والجواب ان التقدير مطلقا منسوخ صرح بنسخه ابن عباس رضى الله عنهما حين قيل له ان الناس يقولون ان الرضعة لاتحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال آل أمر الرضاع الى أن قليله وكثيره يحرم وروى عن ابن عمران القليل يحرم وعنه انه قيل له ان ابن الزبير رضى الله عنه يقول لابأس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فهذا اماأن يكون رد للرواية لنسخها أولعدم صحتها أولعدم اجازته تقييد اطلاق الكتاب بخبر الواحد فانه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل وهذا ماقال المصنف رحمه الله ومارواه مردود بالكتاب أومنسوخ به ثم الذى يحرم به فى حديث سهلة أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد أن يشبع سالما خمس شبعات فى خمسة أوقات متفاصلات جائعا لان الرجل لايشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فأين تجد الآدمية فى ثديها قدر مايشبعه هذا محال عادة فالظاهر ان معدود خمسا فيه المصات ثم كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد أن تحلب له شيأ مقداره خمس مصات فيشربه والافهو مشكل هذا وهو منسوخ من وجه آخر أيضا كما سيأتى بيانه والله أعلم (قوله ولناقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم) تقدم فى استدلال ابن عمر رضى الله عنهما وأماقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب فحديث فى الصحيحين مشهور (قوله ولأن الحرمة وان كانت لشبهة البعضية) جواب سؤال هوان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشوء الكائن عنه وذلك لايتحقق بأدنى شئ أجاب بأن ذلك حكمة لانه خفى والاحكام لاتتعلق بها لخفائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلوقال الظاهر لابد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة النشوء فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النشوء على خمس مشبعات بل واحدة تفيده فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تأخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق ان الرضاع وان قل يحصل به نشوء بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة منهم على وابن مسعود وأسند الرواية عنهما به النسائى وابن عباس رضى الله عنهما وجمهور التابعين هذا والاولى أن يقال البعضية لان الحرمة لشبهة البعضية واقامة السبب مقام المسبب انما هى حرمة المصاهرة أما فى الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هى المحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن فى الجوف قبل استحالته كان المحرم شبهتها أى مايؤول الى الجزئية وينبغى أن يكون الرضاع الموجب

لكن قولها ممايتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لانسخ بعده ولناقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب من غير فصل يعنى فى الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لاتجوز على ماعرف (قوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية) دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر تقديره تحريم الرضاع باعتبار انشار العظم وانبات اللحم وليس ذلك فى القليل وتقرير الجواب الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع

(قوله لكن قولها ممايتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لانسخ بعده) أقول قال الرافعى فى شرح الوجيز وحمل ذلك على قراءة حكمهما انتهى يعنى قولها وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على قراءة الحكم وبه يندفع ماذكره الشارح

وقوله (وما رواه) جواب عن استدلال الخصم بأن ما رويتم اما مردود بالكتاب لان العمل به أقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله أو منسوخ ان كان بعده والانشار بالراء الاحياء وفي التنزيل ثم اذا شاء أنشره ومنه لا رضاع الا ما أنشر العظم وأنبت اللحم أى قواه وشده كأنه أحياه ويروى بالزاي كذا في المغرب قوله (وينبغي ان يكون في مدة الرضاع) ظاهر وقوله لان الحول حسن للتحول من حال الى حال) باعتبار حولان الحول الموجب لتغير الطباع ولابد من الزيادة على الحولين لما تبين يعني في وجه قول أبي حنيفة فتقدر أى الزيادة به أى بالحول ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ووجه الاستدلال ما ذكره انه جعل مدة الحمل والفصال ثلاثين شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقوله (عليه السلام لا رضاع بعد حولين ولأبي حنيفة رحمه الله هذه الآية) يعني قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا (ووجهه ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين) يعني الحمل والفصال (وضرب لهما مدة) وهو قوله تعالى ثلاثون شهرا وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الاجل المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان علي ألف درهم وخمسة أقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران أجلا لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام المنقص في أحدهما يعني الحمل وهو حديث عائشة الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز أجيب بأن الكتاب مؤول فان عامة أهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للدينين متوزعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية ويؤيده ما روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فجيء بها الى عثمان فشاور في رجمها فقال ابن عباس ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين فحمله ستة أشهر وفصاله حولان فتركها

فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به وينبغي أن يكون في مدة الرضاع لما نبين (ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان) وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر ثلاثة أحوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولابد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا أنه قام المنقص في أحدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لابد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم

للتحريم في مدة الرضاع على ما نبين في المسئلة التي تليها وهي قوله (ثم مدة الرضاع) التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم (ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان) وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وقال زفر ثلاثة أحوال وعن مالك رحمه الله سنتان وشهر وفي أخرى شهران وفي أخرى ما دام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لا حد له للاطلاقات فيوجب التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمس عشرة سنة وقال آخرون الى أربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين (قوله لان الحول حسن الخ) هذا وجه قول زفر رحمه الله وحاصله انه لابد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي تغير الغذاء والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بالثلاثة وهذا هو المراد بقوله لما نبين أى في دليل أبي حنيفة رحمه الله ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين رواه الدارقطني عن ابن عباس يرفعه هكذا لا رضاع الا ما كان من حولين وظاهر ان المراد نفي الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ اهـ وكذا وثقه أحمد رحمه الله والعجلي وابن حبان وغير واحد وروى موقوفا على ابن عباس رضي الله عنهما بلا ريب وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلي والدارقطني على عمر وأظهر الادلة لهما قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولأبي حنيفة رحمه الله هذه الآية ووجهه انه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بأن قال أجلت الدين

قال المصنف (لما نبين فيقدر به) أقول بعد ثلاثة أسطر (قوله فلم تكن دلالة الكتاب الخ) أقول بل لا احتمال لتلك الدلالة والا يلزم التغيير المستحيل فلا يصح الاستدلال

وإذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وإنما يلزم إثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه ولأنه لابد من تغير الغذاء لينقطع
الإنبات باللبن ويحصل تغير إبقاء لحياته وذلك أي التغير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لأن القطع عن اللبن دفعة من غير أن يتعود غيره
مهلك وهذا هو الذي وعده المصنف (٦) لزفر لكنه قدره بسنة كما في العنين وقدرناه بأدنى مدة الحمل لأنها مغيرة فإن غذاء

الجنين يغاير غذاء الرضيع فإن غذاء الجنين كان غذاء أمه ثم صار لبنا خالصا كما أن غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم لأن غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام أخرى لأنه يفطم تدريجا فكان الحاصل أنه لابد من تغيير الغذاء وتغيير الغذاء لستة أشهر فلابد من ستة أشهر وقوله والحديث محمول يعني قوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين محمول على مدة الاستحقاق وأبهم المصنف الاستحقاق لأن بعضهم قال المراد من لا رضاع بعد حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفي استحقاق الأجرة وكثير منهم قالوا إن مدة الرضاع في حق استحقاق الأجر على الأب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع وهذا لأن قوله عليه السلام لا رضاع لنفي الجنس وعينه قد توجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة وعليه أي وعلى
الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين اطعامه
بدليل قوله تعالى بعده فإن أرادا فصالا عن تراض فإنه ذكر بحرف الفاء معلقا له بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لأنه لا أثر

والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب

الذي لي على فلان والدين الذي لي على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكمالها للكل أو على شخص فيقول
لفلان علي ألف درهم وعشرة أقفزة إلى سنة فصدقه المقر له في الأجل فإذا مضت السنة يتم أجلهما جميعا
إلا أنه قام المنقص في أحدهما يعني في مدة الحمل وهو قول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن أمه
أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل وفي رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله مما لا يقال إلا سماعا لأن
المقدرات لا يهتدي العقل إليها وسنخرجه في موضعه إن شاء الله تعالى وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهرها غير أن هذا يستلزم كون لفظ
ثلاثين مستعملا في إطلاق واحد في مدلول ثلاثين وفي أربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقي والمجازي
بلفظ واحد وكونه بالنسبة إلى شيئين لا ينفي كونه كذلك وهو الممتنع وإلا لم يمتنع لأنه ما من جمع إلا
بالنسبة إلى شيئين وإشكال آخر وهو أن أسماء العدد لا يجوز بشيء منها في الآخر نص عليه كثير من
المحققين لأنها بمنزلة الأعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة عشر ضعف
ثمانية بلا تنوين وممن ذكره صاحب النهاية في فصل المشيئة من كتاب الطلاق إلا أنه يقتضي أن نحو عشرة
إلا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فأخرج ثم أسند إلى ثمانية وهو قول طائفة من الأصوليين مطلقا ومختار
طائفة من المشايخ فيما إذا كان استثناء من عدد منهم شمس الأئمة وفخر الإسلام والقاضي أبو زيد خلاف
قول الجمهور وقد حققناه في الأصول ويمكن أن يستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى والوالدات
يرضعن أولادهن الآية بناء على أن المراد من الوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
فإن الفائدة في جعله نفقتها من حيث هي ظئر أوجه منها في اعتبار إيجاب نفقة الزوجة لأن ذلك معلوم
بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولأن نفقتها لا تختص بكونها والدة مرضعة
بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر ويكون حينئذ أجرة لها لأن النفقة لها باعتبارها ظئرا
غير زوجة لا تكون إلا أجرة لها واللام من لمن أراد متعلق بيرضعن أي يرضعن للآباء الذين أرادوا إتمام
الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لهن في الحولين وإذا كانت الواو من وعلى المولود له
للحال من فاعل يتم كان أظهر في تقييد الأجرة المستحقة على الآباء أجرة للمطلقة لحولين وغاية ما يلزم أنه
كان مقتضى الظاهر أن يقال وعليه أو وعليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد
منسوبا إليه وإن النسبة إلى الآباء والحاصل حينئذ يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة
بالأجرة وهذا لا يقتضي أن انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين بل مدة استحقاق الأجرة بالإرضاع ثم يدل
على بقائها في الجملة قوله تعالى فإن أرادا فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين
على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين فأين الدليل على
انتهائها بالستة أشهر بعدهما بحيث لو أرضع بعدها لا يقع التحريم وما ذكر في وجه زيادتها لا يفيد سوى
أنه إذا أريد الفطام يحتاج إليها ليعود فيها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر نقله دفعة فأما أنه يجب ذلك بعد
الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الأدلة ولا شك أن الشرع لم يحرم

(قوله وإذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك) أقول يعني إذا لم تكن دلالتها عليه قطعية (قوله وإنما يلزم إثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه) أقول إمكان الإثبات لا يكون إلا بإمكان الحمل على ذلك المعنى وذلك منتف

قال (واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به

اطعامه غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليهما فجاز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائهما فيفطم عنده عن اللبن عرة فليست الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع فكان الاصح قولهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا أولى بالبطلان وهو ظاهر وحينئذ فقوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد منه قبل الحولين فانه موضع التردد في أنه يضر بالولد أولا فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث انه فطام بل ان كان فمن جهة أخرى فتمنعه العمومات المانعة من ادخال الضرر على غير المستحق له

(قوله واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) فطم أو لم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم أبدا للاطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها فكانت اذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسا ولحديث سهلة المتقدم والجواب ان هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين تفيد اتفاقهم عليه فمنها ما قدمناه في استدلالهما من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا ما كان من حولين وقدمنا تخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفي الحكم لانه قد ثبت هويته بعده وما في الترمذي من حديث أم سلمة انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث حسن صحيح وفي سنن أبي داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم وأنشر العظم يروى بالراء المهملة أي احياه ومنه قوله تعالى ثم اذا شاء أنشره وبالزاي أي رفعه وبزيادة الحجم يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فقال يا عائشة من هذا قلت أخي من الرضاعة فقال يا عائشة انظرن من اخوتكن فان الرضاعة من المجاعة يعني اعرفن اخوتكن لخشية أن يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبر فان قلت عرف من أصلكم ان عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للناسخ وحديث الصحيحين وهو قوله انما الرضاعة من المجاعة رونه عائشة رضي الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون رضاع الكبير محرما قلنا المعنى انه اذا لم يعرف من الحال سوى انه خالف مرويه حكمنا بأنه اطلع على ناسخه في نفس الامر ظاهرا الان الظاهر انه لا يخطئ في ظن غير الناسخ ناسخا الا قطعا فلو اتفق في خصوص محل بأن عمله بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه في استدلاله بذلك الدليل لا شك انه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه لان ذلك ما كان الا لاحسان الظن بنظره فأما اذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه وفي الموطأ وسنن أبي داود عن يحيى بن سعيد ان رجلا سأل أبا موسى الاشعري فقال اني مصصت عن امرأتي من ثديها لبنا فذهب في بطني فقال أبو موسى لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله ابن مسعود انظر ما تفتي به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله لا رضاعة الا ما كان في حولين فقال أبو موسى لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم هذه رواية الموطأ فرجوعه اليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعما أفتاه بالحرمة لا يكون الا لذكره الناسخ له أو لتذكره عنده وغير عائشة من نساء النبي صلى الله عليه وسلم يأبين ذلك ويقلن لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ولعل سببه ما تضمنه مما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم مس

للرضا في ازالة المحرم شرعا (قوله واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) سواء فطم أو لم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن أبي حنيفة حتى لو فطم صبي قبل الحولين أو قبل ثلاثين شهرا عند أبي حنيفة ثم أرضعته امرأة قبل ان تمضي عليه مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تشبثا بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور في ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا روى ان أبا موسى الاشعري سئل عن رضاع الكبير فأوجب الحرمة ثم أتوا عبد الله ابن مسعود فسألوه عن ذلك فقال أترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ أبا موسى قال لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم وقد اتفقت الصحابة على هذا

(قوله والكبير لا يسمى رضيعا الخ) أقول قد سبق ان الرضاع في اللغة مص اللبن من الثدي مطلقا ولا نسلم انه يقتضي رضيعا بل راضعا ويطلق على الكبير في اللغة الراضع يقال لئيم راضع أي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن

ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة فقيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمى قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) للحديث الذى روينا (الا أم أخته من الرضاع

عورتها بشفتيه فيمكن بان ذلك خصوصية وقيل سببه أن عائشة رجعت وفى الموطا عن ابن عمر جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال كانت لى وليدة فكنت أصيبها فعمدت امرأتى اليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت دونك فقد والله أرضعتها قال عمر أوجعها وأت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغير (قوله ولا يعتبر الفطام قبل المدة) حتى لو فطم قبل المدة ثم أرضع فيها ثبت التحريم الا فى رواية عن أبى حنيفة انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفى بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا أرضع فيها رواها الحسن عنه وفى واقعات الناطفى الفتوى على ظاهر الرواية انها تثبت ما لم تمض اقامة للمظنة مقام المئنة فان ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء (وهل يباح الارضاع بعد المدة قيل لا لانه جزء الآدمى فلا يباح الانتفاع به الا للضرورة) وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوى وأهل الطب يثبتون للبن البنت أى الذى نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد ولا يخفى ان حقيقة العلم متعذرة فالمراد اذا غلب على الظن والا فهو معنى المنع (قوله ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذى رويناه) وهو بهذا اللفظ (قوله الا أم أخته من الرضاع) يصح اتصال قوله من الرضاع بكل من الام والاخت وبهما من جهة المعنى فالاول أن يكون للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته تحل له والثانى أن يكون له أخت من الرضاعة لها أم من النسب تحل له اذا لم تكن هى المرضعة والثالث أن يرضع الصبى والصبية امرأة ولاخته من الرضاعة أم أخرى من الرضاع يحل للصبى تلك الام أما من جهة الصناعة فانما يتعلق بالام حالا منه لان الام معرفة فيجىء الجار والمجرور حالا منه لا متعلقا بمحذوف وليس صفة لانه معرفة أعنى أم أخته بخلاف أخته لانه مضاف اليه وليس فيه شئ من مسوغات مجىء الحال منه ومثل هذا يجىء فى أخت ابنه ولو قال أخت ولده كان أشمل فالاول له ابن من النسب له أخت من الرضاعة بأن ارتضع مع أجنبية من لم تكن امرأة أبيه حلت لابيه لانها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته والثانى له ابن من الرضاع بأن ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل أخته من النسب والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا له أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بأن ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت أخته لابيه من الرضاعة وعلل استثناء الاول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذى هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة فى أم أخته من النسب بكونها أمه أو موطوءة أبيه وكذا فى تعليله اخراج أخت ابنه من الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى فى الرضاع بعد تعليله حرمة أخت الابن من النسب بقوله لانه لما وطئ أمها حرمت عليه وانما اقتصر على هذا بناء على انها ليست بنته لوضوح الشق الآخر فأفاد بالتعليلين ان المحرم فى الرضاع وجود المعنى المحرم فى النسب ليفيد انه اذا انتفى فى شئ من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد ثبت كذلك الانتفاء فى صور أخرى الاولى أم النافلة من الرضاع بأن أرضعت نافلتك أجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم فى النسب وهى كونها بنتا أو حليلة الابن الثانية جدة ولدك من الرضاع بأن أرضعت ولدك أجنبية لها أم يجوز تزوجك بالام لانها ليست أمك وزاد بعضهم أم العم من الرضاع وأم الخال من الرضاعة وكذا عمة ولدك لانها من النسب أختك وليست أختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها أن تتزوج بابن أختها من الرضاع وبأخى ولدها وبأبى حفيدها منه وبجد ولدها منه وخاله ولا يجوز ذلك كله فى النسب لما قلنا فى حق الرجل وقد جمعت فى قوله

قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا) من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح وقوله (الا أم أخته من الرضاع) جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل أخت من الرضاعة ولها أم من النسب فانه يجوز له ان يتزوج أم أخته التى كانت أمها من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل ان يكون له أخت من النسب ولها أم من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج أم أخته التى كانت أمها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبى والصبية الاجنبيان على ثدى امرأة واحدة أجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبى ان يتزوج أم أخته التى كانت الام من الرضاعة التى انفردت بها رضيعا وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

(قوله جاز أن يتعلق بالاخت الخ) أقول يعنى بحسب المعنى والا فهو بحسب الصناعة حال من الام

فانه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز) أن يتزوج أم أخته (من النسب) لانها تكون أمه أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ أمها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع (وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني

يفارق النسب الرضاع في صور * كأم نافلة وجدة الولد
وأم عم وأخت ابن وأم أخ * وأم خال وعمة ابن اعتمد

واستشكل الحاق أم العم وأم الخال بأنهما اما أن يكون كل منهما جدته من الرضاع أو موطوءة جده من الرضاع وكلاهما محرم في النسب الا ان أراد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه وبالخال منه من رضع مع أمه وله أم أخرى من النسب أو الرضاع فحينئذ يستقيم ولقائل أن يمنع الحصر لجواز كونهما لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل أجنبية أرضعت عمه من النسب وخاله ثم قالت طائفة هذا الاخراج تخصيص للحديث أعني يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس تخصيصا لانه أحال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا في الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شئ منها من مسمى تلك فكيف تكون مخصصة وهي غير متناولة ولذا اذا خلا تناول الاسم في النسب جاز النكاح كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما أن يتزوج بنت الآخر وان كانت أخت ولده من النسب وأنت اذا حققت مناط الاخراج أمكنك تسمية صور أخرى والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون منقطعا أعني قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا أم أخته الخ وعلى هذا فالاستدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لان حرمتهما ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاتي عددناهن آنفا كما في آية المحرمات وما بعدهن فيها محرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث ان من كانت اما من الرضاعة أو بنتا أو أختا أو بنت أخ الخ تحرم فاثبات تحريم حليلة كل من الاب والابن من الرضاعة قول بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو قيد الاصلاب في الآية وكونه لاخراج حليلة المتبنى لا ينفي ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع اصلاحيته لذلك فكان لاخراجهما أيضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين من الرضاع فان الحديث المذكور يفيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منه فكذا الجمع بين أختين من الرضاع فان قلت فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية فالجواب ان الجزئية المعتبرة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن النشوء وانبات اللحم لا مطلق الجزئية وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة اذ لا انبات للحم من المني المنصب في الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقنة أشبه منه بالمشروب حيث يخرج كما هو شيأ فشيأ حتى لا يبقى منه شئ ولا يستحيل الى جوهر الانسان كما يخرج المني ولدا فلا يبقى منه في المرأة شئ استحال الى جوهرها (قوله وامرأة أبيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) أي كما لا يجوز تزوج امرأة أبيه وابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة أبيه وابنه من الرضاع فان قيل ذكر الاصلاب في آية المحرمات يخرجهما أجيب بانها نزلت لاسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لاسقاط حرمة زوجته بقي ان يقال فمن أين يثبت تحريمهما او يجاب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم

وقوله (لاسقاط اعتبار التبني) فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما في الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع أو لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في الاسقاط أجيب بأن حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة

على ما بيناه (ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه ويصير الزوج الذى نزل لها منه اللبن أبا للمرضعة) وفى أحد قولى الشافعى لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة رضى الله عنها ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة

من النسب وقد علمت ما فى الجوابين ومن فروعه ما فرع لطيف وهو رجل زوج أم ولده من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت الى الرضيع الذى كان زوجها فأرضعته حرمت على زوجها لان الصغير صار ابناله فلو بقى النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة (قوله على ما بيناه) أى فى فصل المحرمات (قوله ولبن الفحل) هو من اضافة الشئ الى سببه (يتعلق به التحريم) يعنى اللبن الذى نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج أوسيد يتعلق به التحريم بين من أرضعته وبين ذلك الرجل بأن يكون أبا للرضيع فلا تحل له ان كانت صبية لانه أبوها ولا لاخوته لانهم أعمامها ولا لآبائه لانهم أجدادها ولا لاعمامه لانهم أعمام الاب ولا لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابناء أولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها أولى فلا تتزوج أباها لانه جدها لامها ولا أخاها لانه خالها ولا عمها لانها ابنة بنت أخيه ولا خالها لانها ابنة بنت أخته ولا أبناءها وان كانوا من غير صاحب اللبن لانهم اخوتها لامها ولو كان لرجل زوجتان أرضعت كل منهما بنتا لا يحل لرجل ان يجمع بينهما لانهما أختان من الرضاع لاب بخلاف ما لو تزوجت برجل وهى ذات لبن لآخر قبله فأرضعت صبية فانها ربيبة للثانى وبنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثانى ولو كان المرضع صبيا حل له تزوجه بناته هذا ما لم تلد من الثانى فاذا ولدت من الثانى فان أرضعت رضيعا فهو ولد للثانى وان حبلت من الثانى وهى ذات لبن من الاول فما لم تلد اللبن من الاول والرضيع به ولده عند أبى حنيفة رضى الله عنه تثبت منه الحرمة خاصة وعند محمد رحمه الله ولدهما فتثبت الحرمة من الزوجين وقال أبو يوسف ان علم أن اللبن من الثانى بامارة كزيادة فهو ولد الثانى والا فهو ولد الاول وعنه ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثانى غالبا فهو للثانى وان استويا فلهما ويقول أبى حنيفة قال الشافعى رضى الله عنه فى الجديد وقد حكى الخلاف هكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الاول عند أبى حنيفة رضى الله عنه وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا أنسب بقول محمد رحمه الله فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سنعلم فيهما وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها اللبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم درلها فأرضعت به صبية فان لولد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس ابن الفحل ليكون هو أباها كما لو لم تلد من الزوج أصلا ونزل لها لبن فانه لا يثبت بارضاعها تحريم بين ابن زوجها ومن أرضعته لانها ليست بنته لان نسبته اليه بسبب الولادة منه فاذا انتفت انتفت النسبة فكان كلبن البكر ولبن الزنا كالحلال فاذا أرضعت به بنتا حرمت على الزانى وآبائه وأبنائه وأبناء أبنائهم وان سفلوا وفى التجنيس من علامة أجناس الناطفى عن الشيخ أبى عبد الله الجرجانى كان يقول فى الدرس لا يجوز للزانى ان يتزوج بالصبية المرضعة ولا لابيه ولا لاجداده ولا لاحد من أولاده وأولادهم ولعم الزانى ان يتزوج بها كما يجوز له ان يتزوج بالصبية التى ولدت من الزانى لانه لم يثبت نسبها من الزانى حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء الزانى وأولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم واذا ثبت هذا فى حق المتولدة من الزنا فكذا فى حق المرضعة بلبن الزنا قال فى الخلاصة وكذا لو لم تحبل من الزنا وأرضعت لا بلبن الزانى تحرم على الزانى كما تحرم بنتها عليه من النسب وذكر الولوالجى ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة ما لم يثبت النسب فحينئذ تثبت من الاب وكذا ذكر الاسبيجابى وصاحب الينابيع وهو أوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك فى الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون اللبن اذ ليس اللبن كائنا عن منيه لانه فرع التغذى بخلاف الولد

والتغذى

وقوله (ولبن الفحل) من باب اضافة الشئ الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله (عليه السلام لعائشة ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة) دليل واضح على ذلك فان عائشة ارتضعت من امرأة أبى القعيس وكان اسم أخى أبى قعيس أفلح فلما كانت تلك المرأة امالها كان زوجها أبالها وأخو الزوج عمالها لا محالة وروى انها قالت يا رسول الله إن أفلح أخا أبى القعيس دخل على وأنا فى ثياب فضل فقال ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت انما أرضعتنى المرأة لا الرجل فقال عمك من الرضاعة وذلك لا يكون الا باعتبار لبن الفحل

(قوله وكان اسم أخى أبى قعيس أفلح) أقول أفلح أخو أبى قعيس على ما يشهد عليه كتب الاحاديث وغيرها

ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام مقام الشئ في اثبات الحكم اما ان يكون مثل ذلك أو دونه لامحالة وههنا لوارتضع الصبي من ثندوة الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف تثبت بارتضاع اللبن بسببه ولاتثبت من اللبن الحاصل من نفسه أجيب بأن افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذي لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل فان ماينزل من ثندوة الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير وطء الميتة في انه لا يوجب حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختاروا هذه العبارة وهي (١١) ملبسة فانها توهم ان المراد به ماينزل من ثندوته ليعلم ان المراد ماينزل من المرأة بسبب الولادة أو الحمل من زوجها حتى لو نزل لها اللبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك لبن المرأة خاصة لا لبن الفحل وان كانت تلك المرأة تحت زوجها وليس حل الوطء في الاحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل للزاني هذا ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابناء أولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني وقوله (ويجوز ان يتزوج الرجل) واضح وقوله (وكل صبيين اجتمعا) غلب الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي واحدة أي ثدي امرأة واحدة لانهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيء وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون الانعام وقوله (ولا يتزوج المرضعة أحدا من ولد التي أرضعت) قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب أحدا على المفعولية من ولد التي على طريق الاضافة وهذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة أخرى ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا أيضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخي ونسختان أخريان لستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ما ذكرنا ولكن هذان التقديران لابد وان يكون من الولد الذي أرضعته معرفا باللام وكلامه ظاهر

ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا (ويجوز أن يتزوج الرجل باخت أخيه من الرضاع) لانه يجوز أن يتزوج باخت أخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له أخت من أمه جاز لاخيه من أبيه أن يتزوجها (وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما أن يتزوج بالاخرى) هذا هو الاصل لان أمهما واحدة فهما أخ وأخت (ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت) لانه أخوها (ولا ولد ولدها) لانه ولد أخيها (ولا يتزوج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة

والتغذي لا يقع الا بما يدخل من أعلى المعدة لا من أسفل البدن كالحقنة فلا انبات فلا حرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أثبت الحرمة منه وبه يستدل على ابطال قول ضعيف الشافعي انه لا تثبت الحرمة من الزوج ونقل عن بعض الصحابة رضي الله عنهم لانه لا جزئية بين الرجل وبين من أرضعته زوجته ولانه لو نزل للرجل لبن فارضعته صغيرة حلت له فكيف تحرم بلبن هو سبب بعيد فيه ولنا النظر المذكور وما روى عن عائشة رضي الله عنها في الصحيحين ان أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما نزل الحجاب وقالت والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وان أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني وانما أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته فقال ائذني له فانه عمك تربت يداك وفي رواية تربت يمينك الى غير ذلك من الاحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث يتضاءل معها ذلك المعقول على انه قد قيل انه لا يتغذى الولد به وامالبن الرجل فسيذكره المصنف رحمه الله واذا ترجح عدم حرمة الرضيعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على من ليس اللبن منه أولى بخلاف ما في الخلاصة ولانه يخالف المسطور في الكتب المشهورة اذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى وتقدم البحث في دلالة حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب على حرمة الربيبة من الرضاع (قوله ولانه سبب لنزول اللبن منها فتضاف الحرمة اليه احتياطا) كالمصاهرة وأنت علمت الفرق بل حقيقة الحال ان البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع فأثبتت حرمة الابنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد (قوله وكل صبيين) يريد صبيا وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو أحد أسباب التغليب كالخفة في العمرين فان عمر أخف من أبي بكر ولو ثني نحو أبي بكر فعند البصريين يكون بتثنية المضاف فيقال أبوا بكر والكوفيون يثنون الجزأين فيقولون أبوا بكرين والشهرة كالأقرعين للاقرع بن حابس وأخيه (قوله ولا يتزوج المرضعة) بفتح الضاد تورث ويجوز كونها فاعلا فينصب أحدا ومفعولا فيرفع

(قوله لابد وان يكون من الولد الذي أرضعته معرفا باللام) أقول وأنت خبير بانه يصح المعنى بدون جعل الولد معرفا باللام فان امرأة اذا

وقوله (واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب) فسر محمد الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال أبو يوسف ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير أحدهما يكون رضاعا وقوله (خلافا للشافعي) فان عنده إذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في حب الماء فشرب به الصبي تثبت به الحرمة هو يقول انه موجود حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر ونحن نقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة تثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطا أجيب بأن التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم تثبت المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة وكان الترجيح لمعنى راجع الى الذات لا لمعنى راجع الى الحال وهذا كما ترى متناقض (١٢) لانه نفى التعارض وأثبت الترجيح للفضل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع أمر حكمي فما لم يكن في الحكم موجودا لا مدخل له فيه سلمناه ولكن تعارض ضربا ترجيح أحدهما راجع الى الذات والآخر الى الحال والاول أولى وموضعه الاصول ويؤيد ما ذكرنا ما اذا وقع قطرة من الدم أو الخمر في حب من الماء نجسه وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالبا حكما لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر وما دونه في حكم القليل فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت موجودة معه وقوله (واذا اختلط اللبن بالطعام) واضح وقوله (لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا) يعني سواء كان غالبا أو مغلوبا أما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وان كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا

واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم) خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين (وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم) وان كان اللبن غالبا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما

وما في الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي أرضعته رضع مع المرضعة أو كان سابقا بالسن بسنين كثيرة أو مسبوقا بارتضاعها بأن ولد بعدها بسنين وكذا لا يتزوج أخت المرضعة لانها خالته (قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله) فان الاصح عنده انه إذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والا فلا وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع أو جامد واعتبر مالك رضي الله عنه في جميع ذلك ان يكون اللبن مستهلكا (قوله هو) أي الشافعي رضي الله تعالى عنه (يقول انه) أي اللبن على ظاهر نقل المصنف عنه وعلى ما هو الاصح فرجع الضمير القدر المحرم (موجود فيه حقيقة) فيستلزم حكمه من التحريم (قوله ونحن نقول) حاصله القياس على اليمين على ان لا يشرب لبنا فانه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لان الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر ان حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لا عدم تعلق التحريم لاختلاف حكم الاصل والفرع لانه في الاصل حرمة شرب اللبن بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع حل الشرب والبقي غير أنه يترتب عليه حرمة النكاح وحينئذ للشافعي رحمه الله ان يقول بل هنالك فارق وهو بناء الايمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شرب لبنا الا ان يقال مخلوطا فيقيدونه واما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا الا ان يقال انه اذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلو عن المئنة هذا اذا اختلط بالماء أما لو اختلط بالطعام فهي المسئلة التي ذكرها عقيب هذه وقولهما فيها كقولهم في الاختلاط بالماء وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وان غلب اللبن هذا اذا لم تمسه النار اما ان طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق (لهما أن

أرضعت صبية ثم جاء من المرضعة بفتح الضاد ولد لا يجوز لتلك المرأة أن تتزوج ولد مرضعتها (قوله فسر محمد رحمه الله الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة الخ) اقول فيه ان وضع المسئلة في الاختلاط بالماء لا بالدواء فلا يلائم هذا التفسير هنا بخلاف ما فعله صاحب النهاية (قوله ولا ترجيح الا بعد التعارض) أقول لا يتجه ذلك عليه بعد ما بين مراده بالتعارض بتفسيره فانه نبه انه لا يريد به التعارض المصطلح وكأنه يقول انما ترجح الحرمة ان لو لم يكن لدليل انتفاء الحرمة رجحان على دليلها فليتأمل (قوله لان الحقيقة الخ) أقول أي الحقيقة المجردة عن الحكم الا أن الخصم ينازع فيه (قوله وموضعه الاصول) أقول في باب المعارضة والترجيح (قوله ويؤيد ما ذكرنا) أقول يعني قوله الحقيقة لا تعارض الحكم

وقوله (فصار كالمغلوب) فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما امامالم يكن مغلوبا او يكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب أن هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله (هو الصحيح) احترازعن قول بعضهم فى قول أبى حنيفة ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبى كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذى بالطعام لانه الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذى الموجب لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء يخلط به ليقويه على الوصول الى مالا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب ان يستوى الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه يحرم قلت النظر ههنا الى المقصود فان كان غالبا كان القصد الى التغذى به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوى واللبن لتسوية الدواء يلوح الى هذا قوله واذا خلط دون اختلط وقوله لان اللبن يبقى مقصودا قال (واذا اختلط اللبن بلبن شاة) * صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل أبى يوسف فى المسئلة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب فى البحر ووجه قول محمد وزفر ان الغلبة ههنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشئ لا يصير مستهلكا فى جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك وذلك يقتضى اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين فى المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعا وعن أبى حنيفة فى هذا روايتان فى رواية قوله كقول أبى يوسف وبه قال الشافعى فى قول وفى رواية كقول محمد وزفر

أن العبرة للغالب كما فى الماء اذا لم يغيره شئ عن حاله ولابى حنيفة رحمه الله ان الطعام أصل واللبن تابع له فى حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذى بالطعام اذ هو الاصل (وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم) لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم (وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم) اعتبارا للغالب كما فى الماء (واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبى يوسف رحمه الله) لان الكل صار شيأ واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر فى بناء الحكم عليه (وقال محمد) وزفر (يتعلق التحريم بهما) لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشئ لا يصير مستهلكا فى جنسه لاتحاد المقصود وعن أبى حنيفة فى هذا روايتان

العبرة للغالب فصار كالماء اذا لم يغيره شئ عن حاله ولابى حنيفة رحمه الله ان الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود) وهو التغذى وهذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع الا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيه باللبن ونشوؤه منه فقد اجتمع فى جوفه ما ينبت واحدهما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة ان اللبن غالب فى القصعة اما عند رفع اللقمة الى فيه فأكثر الواصل الى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن ان غلب وأثبتنا الحرمة ثم قال المصنف ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح احترازا من قول من قال من المشايخ ان عدم اثبات أبى حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو اذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة اما معه فيحرم اتفاقا لان تلك القطرة اذا دخلت الجوف أثبتت التحريم والصحيح اطلاق عدم الحرمة لان التغذى حينئذ بالطعام والتغذى مناط التحريم (قوله فان اختلط) أى اللبن بالدواء حاصله انه كالماء لان اللبن اذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصد ان الدواء لتنفيذه وعلى هذا اذا اختلط بالدهن أو النبيذ تعلق به التحريم سواء أوجر بذلك أم استعط (قوله واذا اختلط اللبن بلبن شاة فان كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغير اياه) أو لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لان لبن الشاة لما لم يكن له أثر فى اثبات الحرمة كان كالماء فيعتبر الغالب ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا (قوله واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند أبى يوسف رحمه الله) وبه قال الشافعى وقال محمد تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وعن أبى حنيفة روايتان رواية كقول أبى يوسف ورواية كقول محمد وجه قول أبى يوسف جعل الاقل تابعا للاكثر ووجه قول محمد ان الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شئ منهما تابعا للآخر فيثبت التحريم من كل منهما استقلالا قال

(قوله فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما الخ) أقول يريد المصنف انه يصير كالمغلوب حقيقة فى أنه غير موجود لكونه غير مقصود حكما وحاصله قياس محل الخلاف بمحل الوفاق وجعل الكاف زائدة لا يفيد لانه ان أريد أنه مغلوب حقيقة فظاهر انه ليس كذلك وان أريد أنه مغلوب حكما من حيث انه ليس بمقصود فمعنى التشبيه أيضا يؤل اليه (قوله لان وصول قطرة منه يحرم) أقول الاظهر أن يقول بدله لان اللبن

وأصل المسئلة في الايمان فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشرب به فهو على هذا الاختلاف عند أبي يوسف لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد يحنث لان الشئ يتكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا وقوله (واذا نزل للبكر لبن ظاهر قوله (واذا حلب لبن المرأة

بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي) قيد بالموت لانه

وأصل المسئلة في الايمان (واذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيا تعلق به التحريم) لاطلاق النص ولانه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية (واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم) خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما أما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا للمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

(وأصل المسئلة في الايمان) اذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشرب به ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بينا وقال شارح عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث ولا يخفى انه انما يكون أصلا للخلاف اذا كان على ما في النهاية وكان ميل المصنف الى قول محمد حيث أخر دليله فان الظاهر ان من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر وأصله ان السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضا وهو ظاهر (قوله واذا نزل للبكر لبن تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوء) وعليه الاربعة الا في رواية عن الشافعي رحمه الله ورواية عن أحمد لانه نادر فأشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل اذا وجد وسنذكر له تتمة (قوله واذا حلب لبن امرأة بعد موتها فأوجر به صبي تعلق به التحريم) وبه قال مالك وأحمد (خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الحرمة الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا) أي لعدم المحلية (لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب الجزئية) وحاصله الغاء الفارق بين الاجماعية وهي ما اذا كانت حية والخلافية وهي ما اذا كانت ميتة وهو موتها لان حياتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم الخ وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لان مانعيته ان أضيفت الى انتفاء محليتها مطلقا للحكم منعناه لثبوت بعضها كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة ويممها لانها محرمه أم زوجته وأيضا بالنسبة الى غيرها حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لانهما أختان أو بالنسبة الى حرمة نكاحها فقط منعنا تأثيره في افادة المانعية بل يفسدها انتفاء الحكم مطلقا فان بين المانعية بان الحكم وهو حرمة النكاح يثبت أولا فيها ثم يتعدى قلنا ان أردت انه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعناه بل ذلك عند اتفاق محليتها حينئذ مع ان الحرمة انما تثبت في الكل معا شرعا والتقدم في الام ذاتي لا زماني فاذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن أو الحرمة كرامة اذ فيه تكثير الاعوان على المقاصد والسكن وبالموت تنجس فان أراد عينا منعناه بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند أبي حنيفة وقد أسلفنا توجيهه بأن التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر والمتيقن من الشرع فيه انه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وأبو يوسف ومحمد انما لا تنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة كما لو حلب في اناء نجس وأوجر به الصبي تثبت الحرمة وان أراد التنجس منعناه لما ذكرناه والوجور الدواء يصب في الحلق قسرا بفتح الواو والسعوط صبه في الانف ويقال أوجرته ووجرته (قوله اما الحرمة في الوطء) جواب عن

لو حلب قبل الموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة لان الحرمة تثبت بينهما ثم تتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم تبق محلا لها حتى تتعدى الى غيرها ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الانشار والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما انه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفنا وتيمما بأن كان لهذه المرضعة التي أوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج فان لهذا الزوج ان يدفن وييمم الميتة لانه صار محرما لها حيث صارت أم امرأته وقوله وأما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطء انما تثبت بملاقاته بمحل الحرث لتثبت به الحرمة ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا

هو المقصود ثم يمنع ذلك في الجواب اذا كان مغلوبا (قوله وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها قياسه حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة الخ) أقول ولك أن تقول لو صح هذا الدليل يلزم أن لا تثبت الحرمة عنده فيما لو حلب قبل الموت وأوجر بعده الا أن يقال يثبت بالاسناد وفيه بحث

(قوله واذا احتقن باللبن) قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن المريض دواءه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر في استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر (قوله وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة) بيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل لغذاء الولد لعدم احتماله لسائر

الاطعمة والاشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على التحقيق عن يتصور منه الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص عمن يتصور منه الولادة اذا تأملت لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون اذونا لا صموخا في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف وهو دليل على ان ما في الآدمي في الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك

(واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم) وعن محمد انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فأما المحرم في الرضاع فمعنى النشوء ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى (واذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبيا لم يتعلق به التحريم) لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة

قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو ان سبب الحرمة في الرضاع الانبات والنشوء بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المعتبرة في الرضاع لانها واقعة في ارتضاع لبن الميتة (قوله واذا احتقن) قال في المغرب الصواب حقن اذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز عندهم قال في النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد ان منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدي واذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد انه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لان ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعديه الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال واذا احتقن الصبي بل الى الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم ان كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة الى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد وليس يلزم من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة الى المفعول بل اذا كان متعديا اليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين أصحابنا في كثير من الاصول وهو قول الائمة الاربعة وكذا لا يثبت بالاقطار في الاحليل والاذن والجائفة والآمة كذا أطلقه بعضهم ونص آخرون على انه اذا وصل الى الجوف ثبتت الحرمة وبعضهم ذكر انه روى عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة وجه الظاهر ان المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من السافل بل الى المعدة وذلك من الاعلى فقط والاقطار في الاحليل غاية ما يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي وكذا في الاذن لضيق الثقب وفيه نظر لتصريحهم بالفطر باقطار الدهن في الاذن لسريانه فيصل الى باطنه ولا يمنعه ضيق والاوجه كونه ليس مما يتغذى به ويثبت وان حصل به رفق من ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا (قوله واذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبية لم يتعلق به تحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة) وقد ذكر في بعض الحكايات انه اتفق لرجل ارضاع صغير فان صح فهو من خوارق العادات لا يبنى الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم أنه لو نزل لبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم ويحكم بأنه ليس لبنا كما لو نزل للبكر ماء أصفر لا يثبت من ارضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فاذا تحقق لبنا ثبتت الحرمة بخلاف الرجل لان الحكم

(قوله قال في النهاية صوابه الى قوله في استعمال الفقهاء) أقول الى هنا كلام النهاية (قوله فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة) أقول لانه هو المربي لا الذكور (قوله لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون أذونا لا صموخا في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يتخلف) أقول قوله مما هو ثابت خبر لكن وقوله هو راجع الى الولود قال ابن خلكان في ترجمة يزيد بن المفرغ العرب تقول كل سكاء تبيض وكل شرفاء تلد السكاء التي لا اذن لها والشرفاء التي لها أذن طويلة والضابط عندهم فيه ان كل حيوان له أذن ظاهرة فانه يلد وكل حيوان ليست له أذن ظاهرة فانه يبيض (قوله وهو دليل على ان ما في الآدمي في الذكر ليس بلبن) أقول في دلالة ما ذكره عليه بحث الا أن يراد الدلالة الظنية الضعيفة ومثلها يوجد فيما نقله من النهاية أيضا ثم اعلم ان قوله هو راجع الى الاستقراء

(وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم) لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها (وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا (ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها

لازم داعيا بأنه ليس بلبن (قوله وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها) اعلم أن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فإن الوطء ابتذال وامتهان وإرقاق ولهذا روي عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته ولا يحسن صدوره من مستفيد جزء نفسه وحياته لمفيدها إذا كان الرضيع صبيا بالنسبة إلى المرضعة تكرمة لها وجعلت في الشرع أما له بسبب أن جزأها صار جزأه كما كان الأم من النسب كذلك إذ جزؤه جزؤها وجزؤها الآخر جزء الأب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فإنما خلقها لابتذال الآدمي لها على أنحاء الابتذال المأذون فيه من مالكها سبحانه قال تعالى والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وفي آية أخرى فمنها ركوبهم ومنها يأكلون وهو سبحانه مالك الأشياء والحكيم على الإطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها بابل ولحمها وحصول الجزء منه مزية لها على الآدمي توجب مثل ما توجب لمساو به في نوعه من الإكرام والاحترام فلم تعتبر الشاة أم الصبي ولا الكبش أباه والأخية فرع الأمية وكذا سائر الحرم بعدها إنما تثبت بتبعية الأمية حتى الأبوية فإنه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الأب من النسب لأن جزأه انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن إنما يتولد من الغذاء والكائن من ماء الرجل إنما يصل من أسفل والتغذي لبقاء الحياة والجزء لا يكون إلا مما يصل من الأعلى إلى المعدة ولكن لما أثبت الشرع أمية زوجته عن ارضاع لبن هو سبب فيه أثبت لهوية الرجل الأبوة وحين لا أم ولا أب فلا أخوة ولا تحريم ونقل أن الإمام محمد بن إسمعيل البخاري صاحب الصحيح أفتى في بخارى بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه أعلم ومن لم يدق نظره في مناطات الأحكام وحكمها كثر خطؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير ومولده مولد الشافعي فإنهما معا ولدا في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة وهو عام خمسين ومائة (قوله وإذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه صار جامعا بين الأم والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا) ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لأنها أم امرأته والعقد على البنت يحرم الأم وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذي أرضعتها به الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كانت حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لأنه صار أبا لها وإن كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الأول جاز له أن يتزوجها ثانيا لانتفاء أبوته لها إلا إن كان دخل بالكبيرة فيتأبد أيضا لأن الدخول بالأم يحرم البنت وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة إن لم يكن دخل بها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الارضاع وهو مسقط لنصف المهر كردتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط بإضافة الفرقة إليها يعرف منه أن الكبيرة لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء إضافة الفرقة إليها وإن كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها إن لم تكن مجنونة ونحوها وأما الصغيرة فلا يتصور الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لأن الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وإن كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في إسقاط حقها لعدم خطابها بالأحكام وصار كما لو قتلت مورثها فإنها ترثه ولا يكون

(وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها) وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي أن محمد بن إسمعيل البخاري صاحب الأخبار كان يقول تثبت به حرمة الرضاع فإنه دخل بخارى في زمان الشيخ أبي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فإنك لست هنالك فأبى أن يقبل نصحه حتى استفتي عن هذه المسئلة فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخارا قال (وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا) فأما الكبيرة فإن حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة إن كان دخل بالكبيرة وإن لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة لأنها ربيبة لم يدخل بأمها (ثم إنه لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) إن تعمدت الفساد أو لم تتعمد (لأن الفرقة جاءت من قبلها) قبل الدخول بها

قتلها

وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجئ من قبلها) فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم تضف الفرقة اليها أجاب بقوله (والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط حقها) الا ترى انها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشئ من المهر ولم يوجد الفعل منها والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها ولم يلزم ان كلما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا لحقها أمر أخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الابوين أسقط حقها (ويرجع به) أي بما أدى من نصف مهر الصغيرة (على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد) بأن قصدت بالارضاع افساد النكاح (وان لم تتعمد) بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا (فلا شئ عليها وان علمت ان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد انه يرجع عليها في الوجهين) جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لان من أصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاسطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبب (والصحيح ظاهر الرواية لانها وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر) بتقبيل ابن الزوج اذا بلغت حد التشتهي (وذلك يجري مجرى الاتلاف) في ايجاب الضمان (لكنها مسببة في ذلك) بالتأكيد لا مباشرة (امالان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا) لان وضعه لتربية الصغير لا لافساد النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق الحال لتأديته الى الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا أو لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لان ما يفوت به المبدل يفوت به البدل أيضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة في تأكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا أن الارضاع إفساد النكاح لكن إفساده

(وللصغيرة نصف المهر) لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها (ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد وان لم تتعمد فلا شئ عليها وان علمت بأن الصغيرة امرأته) وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه إما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال

قتلها موجبا لحرمانها شرعا ولانها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة في القامها الثدي مختارة فصار كمن ألقى حية على انسان فلسعته ضمن لان اللسع لها طبع فأضيف اليه وأورد عليه ما لو ارتد أبوا صغيرة منكوحة ولحقا بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شئ لها من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر أجيب بأن الردة محظورة في حق الصغيرة أيضا على ما مر واضافة الحرمة الى ردتها التابعة لردة أبويها بخلاف الارتضاع لا حاظر له فتستحق النظر فلا يسقط المهر وهل يرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد يرجع به عليها والا لا يرجع وتعمده بأن تعلم قيام النكاح وان الرضاع منها مفسد وتتعمده لا لدفع الجوع أو الهلاك عند خوف ذلك فلو لم تعلم النكاح أو علمته ولم تعلمه مفسدا أو علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك أو قصدت دفع الجوع لا يرجع والقول قول الكبيرة في ذلك مع يمينها لانه لا يعرف الا من جهتها وعن محمد انه يرجع في الوجهين ما اذا قصدت الفساد وما اذا لم تقصده والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لانها أي الكبيرة وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بأن تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك أي تأكد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الاتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنونه

(قوله واعترض عليه الى قوله ولا يقضى لها بشئ من المهر الخ) أقول لو صح ما ذكرتم يلزم أن يقضى لها بالمهر هنا بطريق الاولى (قوله والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها الخ) أقول فيه بحث والاصوب لا يسقط حقها ويجوز أن يقال الضمير في قوله من جهتها وحقها راجع الى المرأة الكبيرة دون الصغيرة اذ لا فعل منها شرعا لعدم اعتباره فليتأمل (قوله وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج) أقول قوله هو راجع الى ما وقوله بتقبيل متعلق بقوله شرف (قوله اذا بلغت حد التشتهي) أقول يعني الصغيرة المرضعة قال المصنف (لكنها مسببة فيه إما لان الارضاع ليس بافساد النكاح الخ) أقول كيف يكون ذلك وجها لظاهر الرواية عن محمد وأصله ان المسبب كالمباشر فتأمل قال الاتقاني ما كان يحتاج المصنف الى كلمة الاستدراك بين اسم ان وخبرها لانه لا يصح أن يقال ان زيدا لكنه منطلق وهذا لان قوله مسببة وقع خبر ان في قوله لانها وان أكدت الخ اهـ وأنت خبير بان مسببة خبر لكن وخبر ان محذوف أي ليست بمباشرة (قوله أو لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه الى قوله وانما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه) أقول

ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر أيضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر أجاب بقوله الا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف فى باب المهر والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط وجوبه أى وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهى مسببة واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدى كما فى حفر البئر وانما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع مفسد وقصدت به الفساد وأما اذا لم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به لكن

قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مأمورة بذلك أى بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع فى دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا فى حق عدم وجوب الضمان عليها أجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعى وهو وجوب الضمان يعتمد التعدى والتعدى انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد وكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به

الضمير فى لانه راجع الى النكاح أيضا وقوله هو فى قوله هو ملك راجع الى النكاح أيضا وقوله بل هو ناظر الى قوله ليس بسبب وضمير سقوطه راجع الى المهر

أولان إفساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدى كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد أما اذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم

نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لا مباشرة لان القائم الذى شرط للفساد لا علة له بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلى وهذا ظاهر غير ان المصنف بين كونها مسببة بأن فعل الارضاع ليس موضوعا لافساد النكاح بل لتغذية الصغير وتربيته وانما يثبت الفساد باتفاق صغير ورتهما اماو بنتا تحت رجل وإما لان افساد النكاح الكائن بصنعها ليس بسبب لالزام المهر شرعا بل لاسقاطه ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من ان وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبرا للايحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما نحن فيه ولا يخفى أن هذا الترديد بعينه يجرى فى مباشرة العلة بأن يقال الارتضاع ليس بافساد النكاح وضعا والافساد ليس بسبب لالزام المهر شرعا بل لاسقاطه الخ وليس هو مسببا فالمعول عليه فى كونه سببا ما بيناه واذا كانت مسببة يشترط فيه أى فى لزوم الضمان التعدى كحفر البئر تسبيب للهلاك فان كان فى ملكه لا يضمن ما تلف فيه أو فى غيره ضمنه للتعدى فيه وانما تكون متعدية بمجموع العلمين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينتهض على محمد اذا كان من أصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه مسبب فيشترط التعدى وهو لا يلتزم اشتراط التعدى فيه وانما ينهض الاستدلال على أن المسبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التغريم بقصد الفساد بما اذا قتل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص او الدية فلا يجب شئ آخر بقتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا أرضعت أجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم يغرما شيأ وان تعمدتا الفساد وأجيب بالفرق بأن فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هنالك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما بخلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطأ وذلك بأن قيل فأرضعتهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لان فى هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لان كلا منهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج (قوله وهذا منا اعتبار الجهل الخ) جواب سؤال هو ان الجهل بالاحكام فى دار الاسلام عندكم ليس عذرا

قال المصنف (الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة) أقول قال الاتقانى ولقائل أن يقول لا نسلم ان طريقه طريق المتعة لان المتعة انما تجب فى الطلاق قبل الدخول اذا لم توجد التسمية وهنا التسمية موجودة ولهذا يجب نصف المهر ولانه لو وجب بطريق المتعة لا بسبيل الزام المهر لوجب ثلاثة أثواب لا نصف المهر انتهى ونحن نقول مراد المصنف ان وجوب نصف المهر مثل وجوب المتعة فى كونه على خلاف القياس بالنص لا انه متعة كما فهمه المعترض (قوله والمتعة تجب بالنص ابتداء) أقول يعنى لا بالعقد

(ولاتقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات وانما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) وقال مالك رحمه الله تثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فأخبره واحد انه ذبيحة المجوسى ولنا ان ثبوت الحرمة لايقبل الفصل عن زوال الملك فى باب النكاح وابطال الملك لايثبت الا بشهادة رجلين أو رجل

عذرا فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذى هو المحظور الدينى لالدفع الحكم الذى هو وجوب الضمان غير انه اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لايثبت الابثبوت التعدى كما قلنا والتعدى به يكون ولايتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لاتعذر بجهل الحكم ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما أجنبية معا أو على التعاقب حرمتا فلو كن ثلاثا فارضعتهن بأن ألقمت ثنتين ثديها وأوجرت الاخرى ماحلبته حرمن أو على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امرأته لانهن حين ارتضعتا صارتا أختين فلما ارتضعت الثالثة لم يكن فى عصمته سواها ولو كن أربعا فارضعتهن معا أو واحدة ثم الثلاث معا حرمن وكذا لو أرضعتهن على التعاقب لانها حين أرضعت الاخريين لم يكن فى نكاحه غيرهما ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتهما الكبيرة على التعاقب بقى نكاح الثانية لانها حين ارضعتها ليس فى نكاحه غيرها والسابق عقد مجرد على الام فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وبنتيهما ولو أرضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعتهما الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا منه لما قلنا والصغرى الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبرى الثانية ان ابتدأت بارضاع الصغرى الثانية بانتا منه أو بالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين أرضعت الاولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت يحرم الام ثم أرضعت الثانية وليس فى نكاحه غيرها (قوله ولايقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال وانما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن أحمد واسحق والشافعى بأربع نسوة والذى فى كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك بناء على انه مما لايطلع عليه الرجال لانه لايحل النظر الى ثدى الاجنبية والوجه المذكور فى الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو ان الحرمة من حقوق الشرع فهى أمر دينى يثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسى فانه تثبت الحرمة عليه باخباره ثم يثبت زوال الملك فى ضمنه وكم من شئ يثبت ضمنا بطريق لايثبت بمثلها قصدا ولحديث عقبة بن الحرث فى الصحيحين انه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال فاعرض عنى فتنحيت فذكرت ذلك له قال وكيف وقد زعمت ان قد أرضعتكما وعقبة هذا يكنى أبا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الامة وروى مطولا فى الترمذى وفيه فجاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت أرضعتكما وهى كاذبة فاعرض عنى قال فأتيته من قبل وجهه فقلت انها كاذبة قال وكيف بها وقد زعمت انها قد أرضعتكما دعها عنك ولنا ان ثبوت الحرمة لايقبل الفصل عن زوال الملك فى باب النكاح لانها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والاملاك لاتزال الا بشهادة رجلين أو رجل

وقوله (ولاتقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال أجنبيات كن أو أمهات أحد الزوجين واحدة كانت أو أكثر وقال الشافعى تقبل شهادة أربع منهن وقال مالك تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعى ان الرضاع يكون بالثدى ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر اليه وعنده ان شهادة أربع منهن شرط فيما لايطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوى المحارم يحل لهم النظر الى ثديها ووجه قول مالك ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فأخبره واحد انه ذبيحة المجوسى فانه ينبغى للمسلم أن لايأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لايمكنه الرد على بائعه ولا أن يحبس الثمن عن البائع ولنا ماذكره فى الكتاب وهو واضح لايحتاج الى بيان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(قوله ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك الخ) أقول فيه تأمل

وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر أمرا دينيا والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الطلاق﴾

وامرأتين بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكيته محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا تستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد وأما الحديث فكان للتورع ألا يرى انه أعرض عنه فى المرة الاولى وقيل فى الثانية أيضا وانما قال له ذلك فى الثالثة ولو كان حكم ذلك الاخبار وجوب التفريق لاجابه من أول الامر اذ الاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسئلة بعد ذلك ففيه تقرير على المحرم فعلم انه قال له ذلك لظهور اطمئنان نفسه بخبرها الا من باب الحكم وكونها كاذبة جفاء على ما قيل لا ينفى اطمئنان النفس بخبرها بل قد يكون معه لان بعض البلاهة يقارنها بحسب الغالب عدم الخبث الذى عنه تعمد الكذب والكلام فى هذا القدر لا فى الجنون وقد قلنا انه اذا وقع فى القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه أحد من الرجال قلنا لا نسلم فان المحارم من الرجال يطلعون عليه وأيضا الرضاعة لا تتوقف على القام الثدى لجواز حصولها بالوجور والسعوط وروى عن عمر رضى الله عنه مثل قولنا وفى المحيط لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر فى رواية ولا يعتبر فى رواية (فروع) قال لامرأته هذه أمى من الرضاعة أو أختى أو بنتى من الرضاع ثم رجع عن ذلك بأن قال أخطأت أو نسيت ان كان بعد ان ثبت على الاول بان قال بعده هو حق أو كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك وان قال قبل أن يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعى والنكاح باق لان مثله انما يوجب الفرقة بشرط الثبات وتفسير الثبات ما ذكرنا ومثل هذا فى الاقرار بالنسب وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمنع بخلاف ما اذا ثبت بعد التروى فيعذر قبله ولا يعذر بعده وهذا فى النسب فيمن ليس لها نسب معروف ولو أقرت المرأة بذلك وأنكره هو ثم قالت اخطأت فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعى يحلف الزوج على العلم فى قول وعلى البتات فى قول ولو تزوجها قبل أن تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو أقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يحل له تزوجها قال فى الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا أقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها أن تزوج نفسها منه انتهى وكان وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج فى غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الاقرار به قبل التروى والله أعلم

﴿كتاب الطلاق﴾

لما فرغ من النكاح وبيان أحكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهى أحكام الرضاع شرع يذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب أحكامه وأيضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا أن ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشأنه ثم ثنى بالاخف وأيضا الترتيب الوجودى يناسبه الترتيب الوضعى والنكاح سابق فى الوجود باحكامه وتلاه الطلاق فأوجده فى التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذى هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان أى التطليق أو هو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفى الضم وفى ديوان الادب انه لغة والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل فعله بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال أطلقت بعيرى وأسيرى وفيه من التفعيل طلقت امرأتى يقال ذلك إخبارا عن أول طلقة أوقعها فان قاله ثانية فليس

﴿كتاب الطلاق﴾

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا أخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق فى اللغة عبارة عن رفع القيد وفى عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعى برفع القيد النكاحى بألفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه

﴿كتاب الطلاق﴾

(قوله لما كان الطلاق متأخرا الخ) أقول كان الانسب للشارح أن يبين وجه تأخيره عن الرضاع بأنه سبب الحرمة المؤبدة دون الطلاق فقدم الاشد لكنه نظر الى ان الارضاع من تتمات النكاح فتأمل (قوله وفى عرف الفقهاء الخ) أقول لعله منقوض بالفسخ فان القاضى اذا فسخ النكاح يكون فى بعض المواد طلاقا وفى بعضها فسخا واللفظ واحد فليتأمل

فيه الا التأكيد أما اذا قاله فى الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب وفى الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحا كانت طالق أو كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ا ل ق على ما سيأتى وغيرهما كقول القاضى فرقت بينهما عند إباء الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضى فى إبائها وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله فى محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ومشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل فى المحل من شرط وجوده لا دخل له فى حقيقته والتعريف لمجردها * وركنه نفس اللفظ * وأما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى وشرعه رحمة منه سبحانه وتعالى * وشرطه فى الزوج أن يكون عاقلا بالغا مستيقظا وفى الزوجة ان تكون منكوحته أو فى عدته التى تصلح معها محلا للطلاق وضبطها فى المحيط فقال المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ تتحقق العدة دونهما كما لو عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا أن تلحق الخلوة بالوطء فكأنها هو وفيه تساهل ثم يقتضى ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه فى الحرمة المؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج فانه لا فائدة حينئذ فى اعتباره لانه لا يتوقت بغاية ليفيد الطلاق فائدته وأما فى الفسخ بغيرها فالمصرح به فى العدة من خيار العتق والبلوغ أنه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كأنه لم يكن وكذا بعدم الكفاءة ونقصان المهر وعلى هذا اذا سبى أحد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لان المسبى ان كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية وان كانت المرأة فكذلك لحلها للسابى بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة أحدهما مسلما أو ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحربية وان كانت المرأة فكذلك عند أبى حنيفة وعندهما وان كان عليها العدة فهى عدة لا توجب ملك يد اذ لا يد للحربى وأقل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد فكانت كالعدة عن الفرقة فى نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فاسلم أحدهما أو صار ذميا فهى امرأته حتى تحيض ثلاث حيض فاذا حاضتها وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لان المصر منهما كأنه فى دار الحرب لتمكنه من الرجوع الا انه منقوض بما اذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرق بينهما باباء الآخر فانه يقع عليها طلاقه وان كانت هى الآبية مع ان الفرقة هناك فسخ وبه ينتقض ما قيل اذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه وينتقض أيضا بالمرتد يقع عليها طلاقه مع ان الفرقة بردته فسخ خلافا لابى يوسف رحمه الله ولو كانت هى المرتدة فهى فسخ اتفاقا ويقع طلاقه عليها فى العدة واختلف فى محليتها للطلاق لو هاجرت فانفسخ النكاح فهاجر بعدها وهى فى العدة على قولهما لم يقع طلاقه قال فى المبسوط وقيل هذا قول أبى يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد فأما على قول أبى يوسف الآخر يقع طلاقه وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها وطلقها فى العدة لا يقع طلاقه فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد وفى قول أبى يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعنى فأعتقته فحكى الخلاف فى هاتين المسئلتين على عكس ما حكاه فى المنظومة فى المسئلة الثانية ولو ارتد ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا فلو عاد وهى بعد فى العدة فطلقها فهو على هذا الخلاف وما ذكر من انه لا عدة على الحربية فى دار الحرب عندهما يخالف ما ذكره محمد فى السير فيما اذا أسلمت امرأة الحربى وهما فى دار الحرب حيث يتأخر وقوع الفرقة بينهما الى مضى ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر فاذا مضت وقعت الفرقة قال محمد وعليها ثلاث حيض أخرى وهى فرقة بطلاق ولهذا

وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة فى النكاح أو عدته التى تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل وأقسامه ما يذكره

(باب طلاق السنة) قال (الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعى

يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للاباء الا ان المدة أقيمت مقام إبائه بعد العرض فلذا يقع عليها طلاقه * وأما وصفه فهو أبغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان أبغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا وهو لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعى الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحى ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض الا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها لان أفعل التفضيل بعض ما أضيف اليه وغاية ما فيه انه مبغوض اليه سبحانه وتعالى ولم يترتب عليه ما رتب على المكروه ودليل نفى الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم أمره سبحانه وتعالى أن يراجعها فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول القائلين لا يباح الا لكبر كطلاق سودة أو ريبة فان طلاقه حفصة لم يقرن بواحد منهما وأما ما روى لعن الله كل ذواق مطلاق فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ولا يخفى ان كلامهم فيما سيأتى من التعاليل يصرح بأنه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما وانما أبيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا فى بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع والاصح حظره الا لحاجة للادلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما أبيح فى بعض الاوقات أعنى أوقات تحقق الحاجة المبيحة وهو ظاهر فى رواية لابى داود ما أحل الله شيأ أبغض اليه من الطلاق وان الفعل لا عموم له فى الزمان غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة المبيحة أن يلقى اليه عدم اشتهائها بحيث يعجز أو يتضرر باكراهه نفسه على جماعها فهذا اذا وقع فان كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها فى عصمته بلا وطء أو بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها أو لم ترض هى بترك حقها فهو مباح لان مقلب القلوب رب العالمين وأما ما روى عن الحسن وكان قيل له فى كثرة تزوجه وطلاقه فقال أحب الغنى قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو رأى منه ان كان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضى الله عنهم كطلاق عمر رضى الله عنه ام عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الاربع دفعة واحدة فقال لهن أنتن حسنات الاخلاق ناعمات الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فأنتن طلاق فمحمله وجود الحاجة مما ذكرنا وأما اذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره والله سبحانه وتعالى أعلم * وأما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة فى الرجعى وبدونه فى البائن * وأما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان أكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكايد وافشاء سر الازواج وغير ذلك ومنها شرعه ثلاثا لان النفس كذوبة ربما يظهر عدم الحاجة اليها أو الحاجة الى تركها وتسوله فاذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثا ليجرب نفسه فى المرة الاولى فان كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضى العدة والا أمكنه التدارك بالرجعة ثم اذا عادت النفس الى مثل الاول وغلبته حتى عاد الى طلاقها نظر أيضا فيما يحدث له فما وقع الثالثة الا وقد جرب وفقه فى حال نفسه وبعد الثلاث تبلى الاعذار * وأما أقسامه فما أفاده المصنف بقوله (الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعى) اعلم ان الطلاق سنى وبدعى والسنى من حيث العدد ومن

(باب طلاق السنة) ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء وقوله تعالى يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأمثالهما وأقسامه ثلاثة حسن وأحسن وبدعى على ما ذكره فى الكتاب وهو ظاهر

(باب طلاق السنة) أقول فيكون ذكر التداعى استطرادا (قال المصنف الطلاق على ثلاثة أوجه) أقول قال العلامة النسفى فى الكنز الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح انتهى فيه بحث لانه منقوض بالفسخ قال العلامة الزيلعى فى شرحه وهذا فى الشريعة وقوله شرعا يحترز به عن رفع القيد الثابت حسا وهو حل الوثاق وقوله بالنكاح يحترز به عن العتق لانه رفع قيد ثابت شرعا لكنه لا يثبت ذلك القيد بالنكاح وفى اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقا يقال أطلق الفرس والاسير ولكن استعمل فى النكاح بالتفعيل وفى غيره بالافعال ولهذا فى قوله لامرأته أنت مطلقة بتشديد اللام لا يحتاج فيها الى النية وبتخفيفها يحتاج اه

(قوله ولانه أبعد من الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها في العدة وبعدها بتجديد من غير استحلال وأقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضررا لايحاش وقوله (ولا خلاف لاحد في الكراهة) أي في عدم الكراهة يعني لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق وقوله (لان الاصل في الطلاق هو الحظر) لانه قطع النكاح

فالاحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها) لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فان هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة (والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار) وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما

حيث الوقت والبدعي كذلك فالسني حسن وأحسن (فالاحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه) ولا في الحيض الذي قبله ولا طلاق فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتي (ويتركها حتى تنقضي عدتها) لما أسند ابن أبي شيبة عن ابراهيم النخعي ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وقال محمد بلغنا عن ابراهيم النخعي (ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فان هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه أبعد عن الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك حيث يمكنه التزوج بها في العدة أو بعدها دون تخلل زوج آخر (وأقل ضررا بالمرأة) حيث لم تبطل محليتها بالنسبة اليه فان سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر الايحاش (ولا خلاف لاحد في الكراهة) انها واقعة أولا بل الاجماع على انتفائها بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك ولما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة كان أحسن واعلم ان السني المسنون وهو كالمندوب في استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو حائضا أو ثلاثا فمنع نفسه من الطهر الى الطهر الآخر والواحدة نقول انه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الايقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو أوقع واحدة في الطهر الخالي من غير أن يخطر له داعية ذلك الايقاع سميناه طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيء أسبابها وقيام داعيتها وهذا لكن استمر على عدم الزنا من غير أن يخطر له داعيته وتهيؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعيته وطلب النفس له وتهيؤه له وكف تجافيا عن المعصية أثيب (قوله والحسن طلاق السنة) وأنت حققت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاق السنة قال (وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار) سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لانه المخاطب بايقاعه كذلك ويجب على الغائب اذا أراد أن يطلق أن يكتب اذا جاءك كتابي هذا وأنت طاهرة فأنت طالق وان كنت حائضا فاذا طهرت فأنت طالق وقال مالك هذا بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور حدثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال حدثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخريين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله

الذي هو سنة فيكون محظورا وقوله (والاباحة لحاجة الخلاص) الضرورة التخليص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء وأشار به الى قوله تعالى وطلقوهن لعدتهن قال ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق خير بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا شرح ما في الكتاب وانما شرحه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر حين طلق امرأته وهي حائض ما هكذا أمرك الله تعالى

(قوله حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقهن) أقول فيه مخالفة لما سبق في اثبات خيار العتق في باب نكاح الرقيق على ما فصل في الشروح قال المصنف (والحسن هو طلاق السنة) أقول تخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له اذ الاحسن أيضا هو طلاق السنة

انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا و يطلقها لكل قرء تطليقة (وقوله ولان الحكم يدار على دليل الحاجة) بيانه أن الاصل فى الطلاق الحظر كما قال مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب العجز أمر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالى عن الجماع مقامه وكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كان الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار (وقوله ثم قيل) اختلف المشايخ فى هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة

ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى أن يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر أن يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا فى طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا)

عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فأمرنى فراجعتها فقال اذا هى طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية أعله البيهقى بالخراسانى قال أتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به ورد بانه رواه الطبرانى حدثنا على بن سعيد الرازى حدثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصى حدثنا أبى حدثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر وكذلك قال أبو حاتم وقيل لابى زرعة الحسن لقى ابن عمر قال نعم وأما إعلال عبد الحق اياه بعلى بن منصور فليس بذاك ولم يعله البيهقى الا بالخراسانى وقد ظهرت متابعته ولان الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها فى زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لرسوخ الاخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج الى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلم لحسن الظاهر وطريق اعطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر و يعالجها عليه فان لم يقدر تدارك بالرجعة وان قدر أوقع أخرى فى الطهر الآخر كذلك فان قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ثم اذا أوقع الثلاثة فى ثلاثة اطهار فقد مضت من عدتها حيضتان ان كانت حرة فاذا حاضت حيضة انقضت وان كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت و وقع عليها ثنتان (قوله ثم قيل الاولى أن يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة) عليها وقال المصنف والاظهر أى الاظهر من قول محمد حيث قال اذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت ورجحه بانه لو أخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول أقل ضررا فكان أولى وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله (قوله وطلاق البدعة) ما خالف قسمى السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة فى الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وفى كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعن الامامية لا يقع بلفظ الثلاث ولا فى حالة الحيض لانه بدعة محرمة وقال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد وفى أمره

صلى

واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف والاظهر أن يطلقها كما طهرت جعل هذا أظهر لان محمدا قال فى الاصل واذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض * وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا فى طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل وقع الطلاق و بانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا

قال المصنف (احترازا عن تطويل العدة) أقول لا يقال ما ذكر موهوم لا يعارض المحقق الذى هو تطويل العدة لانه لا تطويل للعدة هنا لانها ثلاث حيض كاملة ولم يزد عليها شئ بخلاف ما اذا طلقها حائضا فان الحيض الذى وقع فيه الطلاق لا يحتسب من العدة مع انه من جنسها أو يحتسب فيكمل بالرابعة ولا يتجزأ فيتكامل كما صرح به فى كتب الاصول وعلى هذا فتطويل العدة فى غاية الظهور قال المصنف (وطلاق البدعة ان يطلقها) أقول قال ابن الهمام طلاق البدعة ما خالف قسمى السنة وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة فى الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو اه يعنى الطهر الذى أوقع فيه الطلاق

صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض وأما بطلانه في الثلاث فينتظمه ما سيأتي من دفع كلام الامامية وقال قوم يقع به واحدة وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وبه قال ابن اسحق ونقل عن طاوس وعكرمة انهم يقولون خالف السنة فيرد الى السنة وفى الصحيحين ان أبا الصهباء قال لابن عباس ألم تعلم ان الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدرا من امارة عمر قال نعم وفى رواية لمسلم ان ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمران الناس قد استعجلوا فى أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم وروى أبو داود عن ابن عباس قال اذا قال أنت طالق ثلاثا بفم واحد فهى واحدة وروى ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس مثل ذلك وقال الامام أحمد حدثنا سعيد بن ابراهيم قال أنبأنا أبى عن محمد بن اسحق قال حدثنى داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النبى صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا فى مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال فى المدخول بها يقع ثلاثا وفى غيرها واحدة لما فى مسلم وأبى داود والنسائى ان أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال أما علمت ان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس بل كان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدرا من امارة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال أجيزوهن عليهم هذا لفظ أبى داود وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين الى أنه يقع ثلاث ومن الادلة فى ذلك ما فى مصنف ابن أبى شيبة والدارقطنى فى حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفى سنن أبى داود عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال انه طلق امرأته ثلاثا قال فسكت حتى ظننت انه رادها اليه ثم قال أيطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس فان الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفى موطا مالك بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس انى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى على فقال ابن عباس طلقت منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفى الموطا أيضا بلغه ان رجلا جاء الى ابن مسعود فقال انى طلقت امرأتى ثمانى تطليقات فقال ما قيل لك فقال قيل لى بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الاجماع على هذا الجواب وفى سنن أبى داود وموطا مالك عن محمد بن اياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتى فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما كان طلاقى اياها واحدة فقال ابن عباس انك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل وهذا يعارض ما تقدم من ان غير المدخول بها انما تطلق بالثلاث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس وفى موطا مالك مثله عن ابن عمر وأما امضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة له مع علمه بانها كانت واحدة الا وقد اطلعوا فى الزمان المتأخر على وجود ناسخ هذا ان كان على ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم كذلك لعلمهم بإناطته بمعان علموا انتفاءها فى الزمن المتأخر فانا نرى الصحابة تتابعوا على هذا الامر ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك أبدا غير ذلك ما أوجدناك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وروى أيضا عن عبد الله بن عمرو بن العاص وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل الى ابن مسعود فقال انى طلقت امرأتى تسعا وتسعين فقال له ابن مسعود ثلاث تبينها وسائرهن عدوان وروى وكيع عن الاعمش عن حبيب بن ثابت قال جاء رجل

الى علي بن أبي طالب فقال انى طلقت امرأتى ألفا فقال له علي بانت منك بثلاث واقسم سائرهن على نسائك وروى وكيع أيضا عن معاوية بن أبي يحيى قال جاء رجل الى عثمان بن عفان فقال طلقت امرأتى ألفا فقال بانت منك بثلاث وأسند عبد الرزاق عن عبادة بن الصامت ان أباه طلق امرأته ألف تطليقة فانطلق عبادة فسأله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث فى معصية الله تعالى وبقى تسعمائة وسبع وتسعون عدوانا وظلما ان شاء عذبه الله وان شاء غفر له وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة ألف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء أو عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلاث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل أما أولا فاجماعهم ظاهر فانه لم ينقل عن أحد منهم انه خالف عمر رضى الله عنه حين أمضى الثلاث وليس يلزم فى نقل الحكم الاجماعى عن مائة ألف ان يسمى كل ليلزم فى مجلد كبير حكم واحد على انه اجماع سكوتى واما ثانيا فان العبرة فى نقل الاجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذين توفى عنهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبى هريرة رضى الله عنه وقليل والباقون يرجعون اليهم ويستفتون منهم وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحا بايقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بأن الثلاث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف والرواية عن أنس بانها ثلاث أسنده الطحاوى وغيره وغاية الامر ان يصير كبيع أمهات الاولاد أجمع على نفيه وكن فى الزمن الاول يبعن وبعد ثبوت اجماع الصحابة رضى الله عنهم لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة إذا طلق ثلاثا مع ظهور الفرق بأن مخالفته لا تحتمل مخرجا عن الابطال لمخالفته الاذن والمكلفون وان كانوا أيضا انما يتصرفون باذن الشرع لكن اذا أجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان مقدما بأمر الشرع على ذلك الظاهر فلنا أن لا نشتغل معه بتأويل وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على الناسخ أو العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته هذا وان حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا للمعارضة اجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما أوجدناك من النقل عنهم واحدا واحدا وعدم المخالف لعمر فى امضائه وظاهر حديث ابن مسعود رضى الله عنه فتأويله ان قول الرجل أنت طالق أنت طالق أنت طالق كان واحدة فى الزمن الاول لقصدهم التأكيد فى ذلك الزمان ثم صار وا يقصدون التجديد فألزمهم عمر رضى الله عنه ذلك لعلمه بقصدهم وما قيل فى تأويله ان الثلاث التى يوقعونها الآن انما كانت فى الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فأمضاه عمر رضى الله عنه واما حديث ركانة فمنكر والاصح ما رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه ان ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما أراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية فى زمن عمر رضى الله عنه والثالثة فى زمن عثمان رضى الله عنه قال أبو داود وهذا أصح * واما المقام الثالث وهو كون الثلاثة بكلمة واحدة معصية أولا فحكى فيه خلاف الشافعي رحمه الله استدل بالاطلاقات من نحو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وما روى ان عويمرا العجلانى لما لاعن امرأته وقال كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فهى طالق ثلاثا ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم وفى بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى النبى صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ثلاثا فى مرضه وطلق الحسن بن على رضى الله عنه امرأته شهباء ثلاثا لما هنته بالخلافة

وقال الشافعي كل طلاق مباح) يعنى فى حد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفى طهر قد جامعها فيه فان الطلاق فى هذين الوقتين حرام عنده أيضا قال فى تعليله (لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم) وهو وقوع الطلاق وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا

قال المصنف (كل الطلاق مباح) أقول من حيث انه طلاق

لان المشروعية لاتجامع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق فى حالة الحيض حرام أجاب بقوله (بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق) وكذلك بقول المحرم فيما اذا طلقها فى طهر جامعها فيه التباس أمر العدة عليها فانه اذا طلقها فيه يلتبس أمر العدة عليها لايدرى أهى حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالاقراء ثم قال لا أعرف فى الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة بل الكل مباح * (ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم فى جميع الاديان (والدنيوية) لما فيه من المسكن والازدواج واكتساب الولد وكل ماهو كذلك ينبغى أن لايجوز وقوعه فى الشرع الا أنه أبيح للحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث فان قيل فكما لاحاجة الى الجمع بين الثلاث فكذا لاحاجة الى المفرق على الاطهار * أجاب بقوله (وهى) أى الحاجة (فى المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها) وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمرا بطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح فى الطهر الثانى والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصور أجاب بقوله (والحاجة فى نفسها باقية) يعنى لاحتمال أن تكون سيئة الاخلاق بذيئة اللسان فيسد على الزوج باب امكان التدارك مع صفائه عن عروض الندم قال فخر الاسلام وعلى هذا يجوز أن يباح الثلاث جملة لكنها لما تعارض النص فلم تؤثر وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى الطلاق مرتان فانه يدل على أنه مفترق ويجوز أن يراد قوله عليه السلام لابن عمر إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا الحديث

والمشروعية لاتجامع الحظر بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا أن الاصل فى الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث وهى فى المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة فى نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها

بعد موت على رضى الله عنه ولان الطلاق مشروع والمشروعية لاتجامع الحظر ألا ترى انه لوطلق نساءه الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلاثا بطريق الاولى بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لانه يحرم للمضارة بتطويل العدة عليها لا الطلاق وبخلافه فى الطهر الذى جامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة أهو بالاقراء أو الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلزم ان لا طلاق شرعا الا كذلك لانه ليس وراء الجنس شئ وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا مرة واحدة وكان يتبادر ان لا يقع شئ كما قال الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لمعنى فى غيره وهو تفويت معنى شرعيته سبحانه له كذلك وامكان التدارك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا وهذا معنى قوله والمشروعية فى ذاته لاتنافى الحظر الى آخره على مانبين ولنا أيضا ماقدمناه من قول ابن عباس رضى الله عنهما للذى طلق ثلاثا وجاء يسأل عصيت ربك وماقدمناه من مسند عبد الرزاق فى حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث فى معصية الله تعالى وكذا ماحدث الطحاوى عن ابن مرزوق عن أبى حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحرث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمى طلق امرأته ثلاثا فقال ان عمك عصى الله فأثم وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وما روى النسائى عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يارسول الله ألا أقتله وأما مافى بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف وحينئذ فيجب حمل ماروى عن بعض الصحابة من الطلاق ثلاثا انهم قالوا ثلاثا للسنة وأيضا لنا ماذكر المصنف من أن الاصل فى الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية والادلة السمعية التى ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفاسد التى قد تعرض فى الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقد قدمنا أن الحاجة باطنة فانيط الحكم بالحل على دليلها وهو الاقدام عليه فى زمن الرغبة فاذا طلقها فى كل طهر طلقة حكم بالحاجة الى الثلاث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهى ههنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة فأجاب بمنع انتفائها

قال المصنف (ولنا ان الاصل فى الطلاق هو الحظر) أقول قال الكافى فان قال انه مأمور به فانى يكون محظورا قلنا الامر به لاينفى الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لايقع فى محظور فوقه كالحنث فى اليمين وقطع الصلاة الى آخر ماذكره اه قوله كالحنث فى اليمين يعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير منه ثم ليكفر عن يمينه وقوله وقطع الصلاة يعنى لادراك الجماعة

(قوله والمشروعية فى ذاته) جواب عن قوله والمشروعية لاتجامع الحظر ووجهه أن المشروع لذاته لايجوز أن يكون محظورا لذاته أما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى فى غيره كما ذكرنا من فوات مصالح الدين والدنيا فلا تنافى اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلاة فى الارض المغصوبة وقد قررناه فى التقرير وكذا ايقاع الثنتين فى الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لاحاجة الى الجمع بين الثلاث وقوله (واختلفت الرواية) ظاهر قال (والسنة فى الطلاق من وجهين أحدهما فى الوقت والآخر فى العدد فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها) وهى أن لا يزيد على الواحدة وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو مايكون نصف حاشيتيه (والسنة فى الوقت فى المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه) لما ذكرنا أن شرعيته باعتبار الحاجة والمراعى دليلها (وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة) فلم يكن فيه ما دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيأ فالرغبة فيها باقية سواء كان فى حالة الحيض وفى حالة الطهر فلم يخرج طلاقها عن السنى فى أى وقت كان

والمشروعية فى ذاته من حيث انه ازالة الرق لاتنافى الحظر لمعنى فى غيره وهو ماذكرناه وكذا ايقاع الثنتين فى طهر واحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية فى الواحدة البائنة قال فى الاصل انه أخطأ السنة لانه لاحاجة الى اثبات صفة زائدة فى الخلاص وهى البينونة وفى الزيادات أنه لايكره للحاجة الى الخلاص ناجزا (والسنة فى الطلاق من وجهين سنة فى الوقت وسنة فى العدد فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها) وقد ذكرناها (والسنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه) لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها فى حالة الطهر والحيض)

بالكلية لما قررناه فى جواب مالك من ان الحاجة قد تتحقق الى فطام النفس على وجه يأمن ظاهرا عروض الندم وطريق دفعها حينئذ الثلاث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجهنا به (قوله والمشروعية فى ذاته) جواب عن قوله مشروع فلا ينافى الحظر يعنى ان مشروعيته باعتبار ذاته فانه فى ذاته ازالة الرق لما قدمنا من ان النكاح نوع رق فلا ينافى الحظر لغيره وهو ماذكرنا من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنيوية فجاز اثبات مشروعيته فى ذاته مع حظره لذلك فيصح اذا وقع ويستعقب أحكامه مع استعقاب استحقاق العقاب اذا لم يكن مسوغ للحظر الحالى كالصلاة فى الارض المغصوبة والوجه فى تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا أحسن من قوله مشروع فى ذاته الخ اذا تأملت لان هذا التفصيل هو الواقع فى نفس الامر وسيصرح به فى وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى طلاق الحامل حيث قال ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة (قوله وكذا ايقاع الثنتين فى الطهر الواحد بدعة لما قلنا) من انه لاحاجة الى الزيادة على الواحدة (قوله واختلفت الرواية فى الواحدة البائنة قال فى الاصل) يعنى أصل المبسوط وهو الكافى للحاكم أبى الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لاحاجة فى الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفى الزيادات لايكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليها ومما يدل على صحة هذه ان أبا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه والقياس على الخلع والجواب يجوز أن يكون أبو ركانة طلق امرأته قبل الدخول أو انه أخر الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره اذ ذاك والخلع لايكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روى عن أبى حنيفة ان الخلع لايكره حالة الحيض (قوله والسنة فى الطلاق من وجهين فى الوقت والعدد فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها) وهى أن يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلاثا كان عاصيا ففى التى خلا بها أولى أن يكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا متعذر فان السنة من حيث العدد فى المدخول بها تثبت بقسميها أن يطلقها واحدة ليس غير وان يلحقها باخريين عند الطهر ولا يتصور ذلك فى غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر (قوله والسنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة) وكأنه عمم المدخول بها فى التى خلا بها فانها أيضا يجب مراعاة السنة فى طلاقها وذلك الوقت هو الطهر الذى لا جماع فيه ولا فى الحيض الذى قبله فلزم فى التخلص من البدعة فى المدخول بها مراعاة السنتين فلو أخل باحداهما لزمت

المعصية

(قوله وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو مايكون نصف حاشيتيه) أقول قوله هو راجع الى العدد

(خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها) وقوله ولنا واضح * وعورض بان ماذكرتم تعليل فى مقابلة النص فان قوله عليه السلام لابن عمر انما السنة أن تستقبل الطهر باطلاقه يدل على أن الطلاق فى حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة لخصوص السبب وأجيب بان الخصوص لم يثبت لخصوص السبب بل لقوله عليه السلام لعمر مره فليراجعها (وان كانت المرأة لاتحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) يعنى ان أشكل عليكم حكم اعتدادها تين الطائفتين فحكمهن هذا وقوله (واللائى لم يحضن) مبتدأ خبره محذوف أى واللائى لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر وقوله (والاقامة فى حق الحيض خاصة) قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض أصحابنا ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون وقال شمس الائمة ظن بعض أصحابنا ان الشهر فى حق التى لاتحيض بمنزلة الحيض والطهر فى حق التى تحيض وليس كذلك بل الشهر فى حقها بمنزلة الحيض فى حق التى تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقى السنة وهذا لان المعتبر فى حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لايتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفى الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ماهو المعتبر وفيه بحث من وجهين أحدهما ماذكره صاحب النهاية ان الشهر لما أقيم مقام الحيض فاذا أوقع الطلاق فى أى شهر كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق فى الحيض فكان حراما كما فى حالة الحيض والثانى ماذكره بعض الشارحين أن الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض بل يكتفى باقامة شهر احد مقام ثلاث حيض لان الحيض أكثره عشرة أيام ومدة ثلاث حيض تحصل فى شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفى الملزوم وأجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكن أقيمت مقام الحيض وما قام مقام الشئ لايجوز أن يكون فى معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه فى انقضاء العدة والاستبراء خاصة ألا ترى ان الطلاق بعد الجماع فى ذوات الاقراء حرام وفى الآيسة والصغيرة

خلافا لزفر رحمه الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة فى غير المدخول بها صادقة لاتقل بالحيض مالم يحصل مقصوده منها وفى المدخول بها تتجدد بالطهر قال (واذا كانت المرأة لاتحيض من صغر أو كبر فاراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى) لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض الى أن قال واللائى لم يحضن والاقامة فى حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء فى حقها بالشهر

المعصية وانما لزمنا لان المراعى فى تحقق اباحة الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وزمان تجددها هو الطهر الخالى عن الجماع لازمان الحيض ولا الطهر الذى جومعت فيه أما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية وأما الطهر الذى جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة وأما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة مالم يذقها فطلاقها فى حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز أن يطلقها فى حال الطهر والحيض جميعا خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها بجامع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة فى غير المدخول بها صادقة لاتقل بالحيض فان قلت هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا أمرك الله فالجواب ان الاشارة من قوله هكذا الى طلاقه الخاص الذى وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال فى رواية فى هذا الحديث فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها (قوله واذا كانت المرأة لاتحيض من صغر) أى بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وسبع (أو كبر) بأن كانت المرأة آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أو لا لهما بان بلغت بالسن ولم تر دما أصلا (فأراد أن يطلقها طلاق السنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) أى لم يحضن بعد فيما مضى لان لم تقلب معنى المضارع الى المضى فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها وأيضا نص على ان الاشهر عدة بقوله تعالى فعدتهن ثلاثة أشهر والعدة فى ذوات الحيض ليس الا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فانه فى ذوات

قوله (وأجيب بأن الخصوص لم يثبت الى قوله بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه مره فليراجعها) أقول فان الرجعة تكون فى العدة ولا عدة على غير المدخول بها قال المصنف (واذا كانت المرأة لاتحيض من صغر أو كبر) أقول قوله أو كبر يعنى بان كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أو لاتحيض بأن كانت حاملا قال المصنف (فأراد أن يطلقها للسنة الخ) أقول هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وسيجىء بعد سطور بدليله الخاص (قوله والثانى ماذكره بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى

ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء فى جميع الاحكام لكان محرما كما فى ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام والجواب عن الثانى ان الشرع أقام الاشهر مقام حيض تنقضى به العدة وهى انما تكون فى ثلاثة أشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض التى كانت توجد فيها ولم تقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم تظهر لى فائدة هذا الاختلاف وماذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر فى حق الزام الحجة فانهم لما أجمعوا على ان فى الاستبراء يكتفى بالحيض لاغير من غير توقف الى الطهر والشهر قائم مقامه فى حق التى لا تحيض علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض لاغير لان الخلف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر فى ثلاث حيض انما كان لتحقق عدد الثلاث لا لذات الطهر على ماذكر فى المبسوط ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا الى هذا لفظه ليس بشئ كما ترى لان الزام الحجة على أحد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف فى مسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم قال (ثم ان كان الطلاق فى أول الشهر) اذا كان ايقاع الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت أو ناقصة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق بين طلاق السنة وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة (وهى مسئلة الاجارات) على ماسيأتى ان شاء الله تعالى قال (ويجوز أن يطلقها) أى الآيسة أو الصغيرة (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) قال شمس الائمة الحلوانى وكان شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل وأما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لان الافضلية لا تنافى الجواز

وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهى مسئلة الاجارات قال (ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)

الحيض بحيضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر ويجوز كون الاقامة باعتباره مع لازمه من الطهر المضاف الى كل حيضة ورجح بأنه لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة أيام لانها أكثر الحيض المجعول عدة والحيض المجعول عدة هو الذى يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون عدتهما غالبا باشهر اوفرق بين قولنا هو بدل عن حيض يتخللها اطهار وقولنا بدل عن الحيض والاطهار المتخللة فالطهر ضرورة تحققها لا من مسماه وما ألزم به من انه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا لزم منع الطلاق فى الشهر الثانى لانه فى الحيض حكما مدفوع بأنه مقامه فى انه عدة فقط لا فى ذاته وذات الشهر طهر ولا فى حكم آخر ألا ترى ان الطلاق عقيب الجماع فى طهر ذوات الاقراء حرام وفى الآيسة والصغيرة لا يحرم فكذا الطلاق فى الشهر الثانى وهذا الخلاف قليل الجدوى لا ثمرة له فى الفروع (قوله ثم ان كان الطلاق وقع فى أول الشهر) هو أن يقع فى أول ليلة رؤى فيها الهلال (تعتبر الشهور بالاهلة) اتفاقا فى التفريق والعدة (وان كان وقع فى وسطه فبالايام فى التفريق) أى فى تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية فى اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الاول بل فى الحادى والثلاثين فما بعده لان كل شهر معتبر بثلاثين يوما فلو طلقها فى اليوم الموفى ثلاثين كان جامعا بين طلاقين فى شهر واحد (وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة) تعتبر بالايام وهو رواية عن أبى يوسف فلا تنقضى عدتها الا بمضى تسعين يوما (وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة) وقوله فى الفتاوى الصغرى تعتبر فى العدة بالايام بالاجماع يخالف نقل الخلاف (قوله وهى مسئلة الاجارات) يعنى اذا استأجر ثلاثة أشهر فى رأس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا ناقصة كانت أو كاملة وان استأجرها فى أثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه أسهل وليس بشئ ووجه بأن الاصل فى الاشهر الاهلة فلا يعدل عنه الا لضرورة وهى مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن أن يقول ذلك فى الاشهر العربية وهى المسماة بالاسماء وهو لم يستأجر مدة جماديين ورجب ثلاثة أشهر مثلا وليس يلزم من ذلك الاهلة وحينئذ فلابد من تسعين لانه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الاهلة صار معناه ثلاثة أشهر من هذا اليوم فلا ينقضى هذا الشهر حتى يدخل من الآخر أيام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الاول فيلزم كذلك فى الثلاثة (قوله ويجوز أن يطلقها) أى يطلق التى لا تحيض من صغر اوكبر

(قوله لكان محرما كما فى ذوات الاقراء) أقول سواء كان مع الطهر كما قاله ذلك البعض أولا (قوله وماذكره صاحب النهاية الى قوله ليس بشئ) أقول قوله وماذكره مبتدأ وقوله ليس بشئ خبره (قوله ويجوز أن يطلقها أى الآيسة والصغيرة) أقول والاظهر ان

(وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن لاتحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا ههنا بشهر ولان الرغبة) تعتبر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت فى الطهر وانما تجدد الرغبة بزمان فلابد منه وهو الشهر

وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تجدد بزمان وهو الشهر ولنا أنه لايتوهم الحبل فيها والكراهية فى ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة

أوكبر (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) وبه قالت الائمة الثلاثة وقال زفر يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر وفى المحيط قال الحلوانى هذا فى صغيرة لايرجى حبلها اما فيمن يرجى فالافضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر ولايخفى ان قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض فى التى تحيض وفيها يجب الفصل بحيضة ففى من لاتحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تجدد بزمان (قوله ولنا انه لايتوهم الحبل فيها) أى فى التى لاتحيض من صغر أوكبر (والكراهة) أى كراهة الطلاق فى الطهر الذى جامع فيه فى ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض أو بالوضع وهذا الوجه يقتضى فى التى لاتحيض لا لصغر ولا كبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفى التى لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ أن لايجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل فى كل منهما ولما كان ظاهرا ان يقال قد علل تم منع الطلاق فى الطهر الذى جامع فيه آنفا بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق فى ذلك الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع عدم دليل الرغبة وفى الصغيرة والآيسة ان فقد الاول فقد وجد الثانى فيمتنع أجاب بقوله والرغبة الخ وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه بل انتفى سبب من أسبابها وهو لايستلزم عدمه مطلقا الا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة فى الوطء وصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لامعنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور تساقطتا فبقى الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجه ان للرغبة سببين عدم الوطء مدة تجدد الرغبة عند آخرها عادة وكون الوطء غير معلق فعدم المدة فقط بالوطء القريب عدم أحد السببين مع قيام الآخر وذلك لايوجب عدم الرغبة هذا ثم يمكن أن يقال ينبغى أن يقتصر فى الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ماقيل من التعليل بعدم توهم الحبل وادعاء ان الكراهة فى ذوات الحيض باعتباره فانه تعليل بما لا أثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى أن ترى الدم ثلاث مرات أولا تراه فتستمر فى العدة الى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر انه امتد طهرها بأن لم يظهر حملها فتصبر لامر الله فهذا الحال لايختلف بوطئها فى الطهر الذى فيه الطلاق وعدم وطئها فيه فظهر ان التعليل باشتباه وجه العدة لا أثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا جومعت فى الطهر وعدمه الا بتجويز أنها حملت أولا وهذا لايختلف معه الحال التى ذكرنا من اعتدادها لايقال انه على أصل الشافعى من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وان رأت الدم فلا يجزم بعدم رؤيته ثلاثا الا اذا مضت مدة يظهر فى مثلها الحبل ولم يظهر بل وعلى أصلنا الا انا لانمنع من رؤية الحامل الدم بل نقول ان ماتراه فهو استحاضة فمع تجويز الحبل لايتيقن بان مارأته حيض أو استحاضة وهى حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل لانا نقول هذا بعينه جار فيما لو وطئت فى الطهر الذى يليه طهر الطلاق فلو اعتبر ما نعا منع الوطء فيه أيضا خصوصا فى آخره والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع فى ذات الحيض لعروض الندم بظهور

(ولنا انه لايتوهم الحبل فيها) أى فى التى نحن فيها من الآيسة أو الصغيرة (والكراهية) أى كراهة الطلاق بعد الجماع (فى ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه العدة) فلا يدرى ان انقضاءها يكون بوضع الحمل أو بانقضاء المدة

ماذكره بيان حاصل المعنى والا فالضمير راجع الى من لاتحيض لصغر أوكبر قال المصنف (ولنا انه لايتوهم الحبل فيها الخ) أقول قد سبق فى باب المهر انه تجب العدة فى الخلوة صحيحة كانت أو فاسدة فى التى لاتحيض أو لا لتوهم الشغل قال المصنف (لان عند ذلك يشتبه وجه العدة) أقول قال ابن الهمام هذا تعليل بما لا أثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لا تراه فتستمر فى العدة الى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر انه امتد طهرها فتصبر الى أمر الله فهذا الحال لايختلف بوطئها فى الطهر الذى فيه الطلاق وعدم وطئها اه وسنح هذا للخاطر الفاتر قبل النظر الى هذا المقام من الشرح ثم قال الشارح والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع فى ذات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه

(قوله والرغبة وان كانت تفترمن الوجه الذى ذكر) جواب قول زفران الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهوان الاصل فى الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له فى ايجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق أصلا أولا يتكرر كما تقدم وانما المدخل فى ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفى الحكم الشرعى الدائر على الدليل وهو الفصل (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) واضح وقوله (وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) يعنى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس أى لاطهار عدتهن ففى ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفى حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها فى حقهن كالاقراء فى حق ذوات الحيض والشهر فى حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان طالت فهو طهر واحد حقيقة وحكما ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق بها فصار كالممتد طهرها فان طهرها وان امتد شهورا فهو فصل واحد لا تفرق التطليقات فيه ولهما ان إباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما أبيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التقصى عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما فى حق الآيسة والصغيرة وهذا أى كون الشهر دليلا فى حق الحامل كما فى حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة (والحكم يدار على دليلها) فاذا وجد وجد ما أبيح لاجله الطلاق فيكون مباحا وقوله (بخلاف الممتد طهرها) جواب عن قياس قول محمد بالفرق بان هناك لا يصلح الشهر أن يكون علما لان العلم على الحاجة فى حقها الطهر أى تجدده وهو موجود فيها فى كل زمان لانه يمكن أن تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض

والرغبة وان كانت تفترمن الوجه الذى ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب فى وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لانه لا يؤدى الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع (ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد) وزفر (لا يطلقها للسنة الا واحدة) لان الاصل فى الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر فى حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما فى حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم فى حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها فى كل زمان ولا يرجى مع الحبل

الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدى الى اشتباه وجه العدة) ان اعتبر حاظرا ولانه زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق لانه اتفق انها قد حبلت أحبه أوسخطه فبقى آمنا من غيره فيرغب فيه لذلك أو لمكان ولده منها لانه يتقوى به الولد فيقصد به نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها بل الرغبة فى الوطء لكل من الامرين (قوله ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة الا واحدة) وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصرى (ولان الاصل فى الطلاق الحظر وقد ورد الشرع باحلال الثلاث مفرقا على فصول العدة فى ذوات الحيض) وورد باقامة الاشهر مقام الحيض فى الصغيرة والآيسة فصح الالحاق فى تفريقها على الاشهر (والشهر فى حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها) وفيها لا يفرق الطلاق على الاشهر فكذا الحامل وقول محمد رحمه الله قول الائمة الثلاثة (ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة) وقدمنا

(قوله وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق الخ) أقول مستعينا بالله تعالى تأثير ذلك الاصل ان لا يقع الطلاق الا حيث انها يوجد دليل الحاجة اليه فلما انتفى الدليل عقيب الوطء لم يجز الطلاق فيه فلا بد من زمان يتحقق فيه ذلك وهو الشهر والاولى أن يحمل قوله والرغبة وان كانت تفتر الخ على منع وجود الرغبة فيه فانها وان انتفت من الجهة التى ذكرها فقد وجدت من جهة أخرى فليتأمل (قوله وقد سقطت جهة الرغبة الخ) أقول اذا سقطت جهة الرغبة واباحة الطلاق كان الاقدام عليه فى زمان تجددها لا يباح الطلاق فيه وهو معنى وجوب الفصل (قوله وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة يعنى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس أى لاطهار عدتهن ففى ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفى حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها فى حقهن كالاقراء فى حق ذوات الحيض) أقول قال ابن العميد الاتقانى والاصح عندى مذهب محمد لان الله تعالى أوجب تفريق الطلاق على فصول العدة فى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهنا فى مدة الحبل لا يعتبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الاشهر فلهذا يقدر استبراء الحبل بوضع الحمل لا بالشهر اه قال المصنف (ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها) أقول لا يقال هذا مخالف لما مر فى الدرس السابق من ان دليلها هو الاقدام عليه فى زمان تجدد الرغبة لان الظاهر ان الاسناد مجازى

قال (واذا طلق الرجـل امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له أن يراجعها) أما الوقوع فلأن النهى عنه لمعنى فى غيره وهو ماذكرنا يعنى من قوله لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التى يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فتطول العدة عليها

نقـل صاحب النهاية عن شيخه ان المـراد بالنهى ههنا هو النهى المستفاد من ضـد الامر المـذكور فى قـوله تعـالى فطلقوهـن لعدتهن أى لاطهار عدتهن أو الامر المذكور فى قوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها لما انه كان مأمورا برفع الطلاق الواقع فى حال الحيض لاجـل الحيض كان منهيا عن ايقاعه فى حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهى قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا والنهى اذا كان لمعنى فى غـيره لا يمنـع المشروعيـة كما عـرف فى الاصول وأما الاستحباب فلقوله عليه السـلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد كان طلقها فى حالة الحيض (وهـذا) الحديث (يفيد الوقوع) باقتضائه (والحث على الرجعة) بعبارته قال المصنف (ثم الاستحباب قول بعض المشايخ) ووجهه ان أدنى الامر الاستحباب فيصرف اليـه بقرينة ان الرجعة حق له ولا وجوب

(واذا طلق الرجـل امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق) لان النهى عنـه لمعنى فى غـيره وهو ماذكرناه فـلا ينعدم مشروعيته (ويستحب له أن يراجعها) لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها فى حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ

أنها لا تنتفى مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم والتفريق على أوقات الرغبة وهى الاطهار التى تلى الحيض ليكون كل طلاق دليـل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس الا الحيض لانها العـدة لا الاطهار عنـدنا فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجـة وشرط دلالته كونه فى زمان تجـدد الرغبة والتجدد بعـد الفتور لا يكون عادة الا بعد زمان وحين رأينا الشرع فرقها على الاطهار وجعل الايقاع أول كل طهر جائزا علمنا انه حكم بتجدد الرغبة عنـد تحقق قدر ماقبله من الزمان الى مثله من أول طهر يليه وذلك فى الغالب شهر فأدرنا الاباحة على الشهر وعلى هـذا فالتفريق على الاشهر فى الآيسـة والصغيرة ليس لكونها فصولا لاقامتها مقام العـدة بل لماذكرنا فالاثبات فيهمـا أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من ممتـدة الطهر لانها محل النص على تعلق جواز الايقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو فى حقها كل لحظة ولا يرجى فى الحامل ذلك وعلى هذا التقرير يسقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله من أنه تعـالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعـدتهن لما بيناه من الغاء كونه فصـلا من فصول العـدة بالنسـبة الى الحكم على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصـلا بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة مجموع الاقراء وانما يفيـد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر رضى الله عنه المتقدم ان من السـنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء وأريد بالقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم فى تفسير الآية أن يطلقها طاهرة من غير جماع وهـذا لان لزوم التفريق طريقه ان مفهوم طلقوهن أوجـدوا طلاقهن لعدتهن فيستلزم عموما من عموم طلاقهن لانه جنس مضاف وكذا عدتهن فقـد أحل جميع طلاقهن وهو ثلاث بجميع عدتهن وجمعه بفم واحد حرام فكان المراد تفريقه على الاطهار أو مايقوم مقام مايستلزمها وهذا غـير لازم لان الفعل انما يدل على المصـدر النكرة فالمعنى أوجـدوا طلاقا ايهن لعدتهن أى لاستـقبالها وأيضا فلفظ فصول العدة غـير مذكور فى النصوص انما سماها بذلك الفقهاء ولا يعـقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها له نسـبة خاصـة اليها اتفق انه ثلثها اتفاقا وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عـدتها كذلك وان لم يتفق ان نسبته بالثلث وعلى هـذا يقوى بحث شمس الائمـة ان الشهر من فصول عدة الحامـل غير انا لا نعلق به اباحـة الايقـاع من حيث هو فصـل وجزء بل من حيث هو زمان يتجـدد فيه الرغبـة عند مسبوقيته بذلك القـدر من الزمان (قوله واذا طلق الرجـل امرأته فى حالة الحيض وقع الطـلاق) خـلافا لمن قدمنا النقل عنهـم من الامامية ونقل أيضا عن اسمعيل بن علية من المحدثين وهـذا (لان النهى عنه لمعنى فى غيره) يعنى أن النهى الثابت ضمن الامر أى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهو المراد بالامر فى قوله صلى الله عليه وسلم ماهكذا أمرك الله وقوله وهو ماذكرنا أى من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الايقاع عاص باجماع الفقهاء (ويستحب له أن يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر فى حديث ابن عمر فى الصحيحين مر ابنك فليراجعها حين طلقها فى حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع) فيندفع به قول نافى الوقوع (والحث على الرجعـة والاستحباب المذكور انما هو قول بعض المشايخ) وكأنه عن قول محمد

(قـوله وهو ماذكرنا يعنى من قوله لان المحرم تطويل العدة) أقول ولعل الاولى أن يقال يعنى من كونه زمان النفرة فان المصنف علل به عدم جوازه فى زمان الحيض كما مر قبل أسطر (قوله وقال بعض الشارحين المراد بالنهى الخ) أقول يعنى تاج الشريعة (قوله بقرينة ان الرجعة حق له) أقول بل حق لله تعالى فان الرجوع عن المعصية مما أوجبه الله تعالى على عباده

على الانسان فيما هوحقه

(والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر) قيل الامر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه وأجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار كأن النبي صلى الله عليه وسلم

والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا الضرر تطويل العدة قال (فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها قال وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوى انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الاولى قال أبو الحسن) الكرخى (ماذكره قول أبي حنيفة وماذكر في الاصل قولهما) ووجه المذكور في الاصل ان السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ فتتكامل ووجه القول الآخر ان أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

رحمه الله في الاصل وينبغي له أن يراجعها فانه لا يستعمل في الوجوب (والاصح أنه واجب) كما ذكر المصنف (عملا بحقيقة الامر) فان حقيقته أوجد الصيغة الطالبة على وجه الحتم واعلم أن قول الشافعية ان لفظ الامر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة النادبة والموجبة حتى يصدق المندوب مأمور به حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب اذ لا يلزم من قوله مره أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره فاذا لم يتعين يثبت كونه مطلوبا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا أحمد رحمه الله بالاستحباب وأما عندنا فمسمى الامر الصيغة الموجبة كما أن الصيغة حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وان كانت صادرة عن عمر رضي الله عنه لا النبي صلى الله عليه وسلم لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مره بذلك على وجوبين صريح وهو الوجوب على عمر رضي الله عنه أن يأمر وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة اليه والقائلون بالاستحباب ههنا انما بنوه على أن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها والجواب أن ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز ايجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء الامر بقاء ما هو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله ان هذا يصلح بحثا يوجب الوجوب لكن لا يفيد أن ماذكر القدورى من الاستحباب قول بعض المشايخ مع ان محمدا في الاصل انما قال لفظا يدل على الاستحباب ومرجع هذا الكلام الى انكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحا بل ذلك بحث فاذا تحقق النقل اندفع وقوله والاصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب وتذكير ضمير أثره مع أنه للمعصية امالتأويلها بالعصيان أو هو للطلاق في الحيض (قوله واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها) هذا لفظ القدورى وهكذا ذكر في الاصل ولفظ محمد فيه فاذا طهرت في حيضة أخرى راجعها وذكر الطحاوى ان له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي ماذكره الطحاوى قول أبي حنيفة وماذكره في الاصل قولهما والظاهر أن ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب أبي حنيفة الا أن يحكى الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد وماذكر الطحاوى رواية عن أبي حنيفة وهو وجه للشافعية (وجه المذكور في الاصل) وهو ظاهر المذهب لابي حنيفة من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ماذكر الطحاوى رواية سالم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا رواه مسلم

أمره بذلك فثبت الوجوب ويجوز أن يقال فليراجعها أمر لابن عمر فتجب عليه المراجعة وقوله (ورفعا للمعصية) معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع أثره أي أثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفع الضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة وقوله (قال) يعني القدورى (فاذا طهرت) يعني بعد المراجعة (وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها) قال المصنف (وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوى أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة) ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ماذكره الطحاوى قول أبي حنيفة وماذكره في الاصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروى في الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث روى البخارى مسندا الى نافع عن عبدالله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذى في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر انه عليه السلام قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوى واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر

(قوله ومن قال لامرأته) اعلم ان من قال لمدخول بها أنت طالق ثلاثا للسنة فاما أن تكون من ذوات الاقراء أو الاشهر وكل واحد منهما على وجهين إما أن يذكر ذلك ولا نية له أو نوى شيأ فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على مانوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر وكذا رأس كل شهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشئ لا يراد به ولنا ان اللام فيه أي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية

كان مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلاث دفعة أو في حالة الحيض مذهب أهل السنة فهو سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ماروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من طلق امرأته ألفا بانت منه بثلاث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك

(قوله فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر) أقول وان نوى ذلك كان أظهر قال المصنف (لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه) أقول قال ابن الهمام وجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة في كل طهر وأما تعليل المصنف فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فمؤداه ثلاثا في وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ماقررنا اه ولك ان تقول وقت السنة للطلاق الثلاث ثلاثة اطهار لا جماع فيها وذلك مآل ماقال المصنف فليتأمل (قوله فاذا صح الوقوع صح الايقاع الخ) أقول فيه بحث

(ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه (وان نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على مانوى) سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان

وأصحاب السنن والاولى أولى لانها أكثر تفسيرا بالنسبة الى هذه الرواية وأقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال يمسكها حتى تطهر ان استحباب الرجعة أو ايجابها مقيد بذلك الحيض الذي أوقع فيه وهو المفهوم من كلام الاصحاب اذا تؤمل فعلى هذا اذا لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الاصل ان السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزأ أي ليس لجزئها على حدته حكم في الشرع والاولى أن يقول ولا يمكن أن يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها اذ لا يتصور حيضة الا الثانية فلغا بعض الاولى ووجه ماذكره الطحاوي ان أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن أبي حنيفة انه اذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك ولو راجعها بعد الثانية لا يكره ايقاع الثالثة وعلى هذا فرع مالو أخذ بيدها بشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لانه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا يقع الا الاولى ثم في أول كل طهر بعد حيضة تقع أخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك الى أبي حنيفة انما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا اذا وقعت الرجعة بالقول أو بالمس أما اذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له ان يطلقها أخرى في هذا الطهر بالاجماع لانه طهر جامعها فيه وان حبلت فعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها أخرى حتى يمضي من وقت الطلاق شهر وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر له ان يطلقها لان العدة الاولى سقطت والطلاق عقيب الجماع في الطهر انما لا يحل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لا يوجد اذا حبلت وظهر الحبل هذا في تخلل الرجعة فاما لو تخلل النكاح بان كان الاول بائنا فقيل لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا وقيل في تخلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقا والاوجه انه على اختلاف الرواية عنه (قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) فان نوى ذلك فأظهر ثم ان لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر أخرى وان كان جامعها لم يقع شئ حتى تحيض وتطهر وعند الشافعي يقع الثلاث للحال لانه لا بدعة

أجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا (وان كانت آيسة أو من ذوات الاشهر) ولم تكن له نية (وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى

لان الشهر في حقها دليل الحاجة) على ما بينا قبل هذا ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) انه سني وقوعا واذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث ان كانت طاهرة لم يجامعها وقع في الحال وان كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله أنت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي ثلاث وان نوى ثلاثا جملة قال المصنف لا تصح قيل هكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الدين السمرقندي لان نية الثلاث ان صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة متعدد

وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته (وان كانت آيسة أو من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى) لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلاث

عنده ولا سنة في العدد ولو كانت من ذوات الاشهر يأتي ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وان كانت حائضا لم يقع شئ الا أن يتزوجها مرة أخرى فتقع الثانية فان تزوجها أيضا وقعت الثالثة ووجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار لتقع واحدة في كل طهر وأما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا أوقات السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فؤداه ثلاث في وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ما قررنا وأما لو صرفه عن هذا بنيته فأراد الثلاث فانه يصح خلافا لزفر قال فانه بدعة ضد السنة ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه قلنا بل يحتمله لانه سني وقوعا أي وقوعه بالسنة فتصح ارادته وتكون اللام للتعليل أي لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث بخلاف ما لو صرح بالاوقات فقال أنت طالق ثلاثا أوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل وهي في مثله للوقت أظهر منها للتعليل فيصرف الى التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ أوقات وكذا اذا نوى أن يقع عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت عند رأس الشهر حائضا أو طاهرة لان رأس الشهر اما أن يكون زمان حيضها أو طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وايقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنيته الثلاث عند رأس كل شهر مع العلم بان رأس الشهر قد تكون حائضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وايقاعا معا أو أحدهما (قوله وان كانت) أي امرأته أي التي قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة (آيسة أو من ذوات الاشهر) التي هي في فصول العدة عندهم فيتناول الحامل عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وقعت الساعة واحدة وبعد كل شهر أخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا) من أن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (قوله وان نوى أن تقع الساعة ثلاث وقعن عندنا) خلافا لزفر (لما قلنا) من أنه سني وقوعا فيصح منويا ولقائل أن يقول ينبغي أن تقع الثلاث في الحال متتابعة لان هذه يجوز أن يطلقها عقيب جماعه فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة وما وجهتم به ذلك وهو أن الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلاث في الوقوع كما لو مسها بشهوة وقال أنت طالق ثلاثا للسنة على ما مر عن أبي حنيفة حيث تقع الثلاث متتالية لان وقت كل واقع منها وقت السنة وان اختلف الوجه وعلى هذا يجب أن لا ينحصر حل طلاقها ثلاثا بتطليقات متفرقة في أن يفرق بين كل تطليقتين بشهر بل غايته أن يكون أولى وينعطف بهذا البحث على ما تقدم أيضا (قوله بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة الخ) اذا قال أنت طالق للسنة ولم يذكر ثلاثا وقعت واحدة في

قال المصنف (وينتظمه عند نيته) أقول قال ابن الهمام وتكون اللام للتعليل أي لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث انتهى وعلى تقرير الشارح أكمل الدين اللام للوقت على كل حال (قوله أجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة الخ) أقول يعني ان قوله أنت طالق ثلاثا فيه جهتان البدعة والسنة فان تكلمه بهذا الكلام يقصد ايقاع الثلاث جملة بدعة وحرام واتصافه بكونه ايقاعا للثلاث سني عرف بالسنة والوقوع به ليس فيه جهة الحرمة والبدعة فكان أشبه بالسنة المرضية (قوله لم يقع الساعة) أقول اذا لم ينو ذلك

الحال

فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلاث بخلاف ما اذا ذكر ثلاثا لان الثلاث مذكور صريحا فتصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام ان نية الثلاث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثا لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن وأحسن فالاحسن أن يطلقها فى طهر لا جماع فيه والحسن أن يطلق الثلاث فى ثلاثة اطهار فاذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعى التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال أنت طالق ثلاثا للسنة أو طلاقا للسنة كذا فى بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة ودليله يدل على التفريق على الاطهار كما ترى ونقل قاضيخان فى الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوى بين العبارة والاقتضاء فى العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعله سبب اختيار المصنف عدم الوقوع جملة والله أعلم

(قوله فيفيد تعميم الوقت) أقول يعنى اذا نوى ذلك (قوله وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف) أقول فيه ان زيدا مثلا موجود اليوم واليوم الذى قبله وهكذا فالظرف لوجوده متكرر وليس لوجوده تكرر (قوله وفيه نظر لانه يستلزم التساوى بين العبارة والاقتضاء) أقول ان شئت تمام تحقيق الكلام وتبيين المرام فراجع كتب الاصول وانظر مباحث الاقتضاء قال المصنف (ومن ضرورته تعميم الواقع فيه) أقول قال الاتقانى ولنا فيه نظر لان تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه ألا يرى انه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لا تقع الا طلقة واحدة عندنا خلافا لزفر مع أن الوقت عام كما ترى من لفظ العموم ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى ولك ان تقول وزان ماذكرنه وزان قولنا زيد موجود كل يوم فيحمل على استمرار الطلاق الواحد اذا لم تكن له نية بخلاف قولنا انت طالق للسنة فانه يفيد اختصاص الطلاق لاوقات السنة اذا أريد تعميم الوقت والطلاق المستمر لا يختص بوقت السنة بل يوجد كل وقت فلا مجال للحمل عليه بل يحمل على المتجدد فاللام فى قوله تعميم الوقت للعهد يعنى وقت السنة ومن ضرورة تعميم وقت السنة تعميم الواقع فيه فليتأمل

انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث

الحال ان كانت فى طهر لم يجامعها فيه وان كانت قد جامعها أو حائضا لم يقع شئ حتى تطهر فتقع واحدة لان اللام فيه للاختصاص أى الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلاثا مفرقا على الاطهار صح لان المعنى فى أوقات طلاق السنة ومن ضرورة وقوع الطلاق فى كل وقت منها وهى متعددة تعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلاثا جملة اختلف فيه فذهب المصنف وفخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات الى أنه لا يصح وانما يقع به واحدة فى الحال وذهب القاضى أبو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام الى أنه يصح فتقع الثلاث جملة كما تقع مفرقة على الاطهار لان السنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما اذا صرح بلفظ الثلاث وحققه بعضهم بان التطليقة المختصة بالسنة مستحب وهو ما عرف وبدعى وكلاهما عرفا بالسنة وان اقترن أحدهما بالنهى فايهما نواه صح فاذا نوى البدعى صح لانه محتمل كلامه ومختار المصنف أوجه لان مع نية الجملة لا تكون اللام للوقت مفيدة للعموم وما وقع الثلاث الا عن ضرورة تعميمها بالوقوع لان مجرد طالق لا تصح فيه نية الثلاث على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فاذا فقد تعميم الاوقات لم يبق ما يصلح لايقاع الثلاث فلا تعمل نية جملتها وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعى فايهما نواه صح ان أرادوا أنه اذا نوى الطلاق العام الذى هو أحد القسمين صح منعناه لان طالقا لا يراد به الثلاث أصلا بلا خلاف فى المذهب على ما سيأتى لعدم احتماله اياه فلا يراد به وان أرادوا أنه اذا نوى فردا من الطلاق البدعى أو المستحب صح فسلم ولا يفيد وقوع الكل وليس ثم موجب آخر لغرض أن اللام ليست لعموم الوقت ليس غير وأورد عليه بعض الشارحين منع أن تعميم الاوقات يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على أنه اذا قال أنت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلاث لما سيعرف من أنها بطلاق واحد تكون طالقا كل يوم وكذا بطلاق فى وقت من أوقات السنة تصير به طالقا فى جميع أوقاتها المستقبلة وهذا غير مطابق للمتنازع فيه لان الكلام فيما اذا نوى بقوله أنت طالق للسنة تعميم أوقات السنة بالوقوع لا فيما اذا لم تكن له نية وقد ذكرنا أنه اذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم تقع به واحدة بلا نية ولو نوى فيه تجدد الواقع فى الايام عملت نيته فيقع الثلاث فى ثلاثة أيام ثم هذا يصلح اشكالا على صحة وقوع الثلاث مفرقا على الاطهار فى هذه المسئلة ومفرقا على الايام فى المسئلة الموردة بناء على ما ذكرنا من أن طالقا لا يقبل التعميم وللسنة على ما قرر المصنف لوقتها فيفيد تعميم الوقت لكن تعميمه لا يستلزم تعميم الواقع فى العدد بل انسحاب حكم طلقة واحدة يوجب أنها طالق فى جميع أوقات السنة المستقبلة وفى

﴿فصل﴾ (ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم) لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار

كل الايام فلم يوجب تعميم طالق في عدد الطلاق ولا يحتمله فلا يحتمل حينئذ التعميم فلا تصح نيته وسنذكر ماذكر من وجه تصحيحه في فصل اضافة الطلاق ان شاء الله تعالى *(فروع)* ألفاظ طلاق السنة على ما روى بشر عن أبي يوسف السنة وفي السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والاسلام وأحسن الطلاق واجله أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب كل هذه تحمل على أوقات السنة بلا نية لان كل ذلك لا يكون الا في المأمور به ولو قال طالق في كتاب الله أو بكتاب الله أو معه فان نوى طلاق السنة وقع في أوقاتها والا وقع في الحال لان الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج الى النية ولو قال على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء فان نوى السنة دين وفي القضاء يقع في الحال لان قول القضاة والفقهاء يقتضي الامرين فاذا خصص دين ولا يسمع في القضاء لانه غير ظاهر ولو قال عدلية أو سنية وقع عند أبي يوسف للسنة ولو قال حسنة أو جميلة وقع في الحال وقال محمد في الجامع الكبير وقع في الحال في كليهما لان هذه الصفات جاز أن توصف بها المرأة فلا تجعل للطلاق حتى يتأخر فيقع في الحال واعتبر أبو يوسف الغالب وباقي هذا الفصل تشبيه الطلاق ولو قال طالق للبدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث في الحال يقع لانها محتمل كلامه وكذا الواحدة في الحيض والطهر الذي فيه جماع وان لم تكن له نية فان كان في طهر فيه جماع أو في حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته وان كانت في طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض أو يجامعها في ذلك الطهر

﴿فصل﴾ (قوله ولا يقع طلاق الصبي) وان كان يعقل (والمجنون والنائم) والمعتوه كالمجنون قيل هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون وقيل العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله الا نادرا والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء وهذا يؤدي الى ان لا يحكم بالعته على أحد والاول أولى وما قيل من يكون كل من الامرين منه غالبا معناه يكثر منه وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحيانا والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش كذلك وهذا (لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون) والذي في سنن الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله وضعفه وروى ابن أبي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يجوز طلاق الصبي والمجنون وروى أيضا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخاري أيضا عن علي رضي الله عنه والمراد بالجواز هنا النفاذ وروى البخاري أيضا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق لكن معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له أهلية التصرف وأدناها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصا ما لا يحل الا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التميز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا يبنى الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان

﴿فصل﴾ لما ذكر طلاق السنة لانه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون)

﴿فصل﴾ قال المصنف

والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذى يقابل الحرمة لان فعل الصبى والمجنون لا يوصف بالحرمة فى المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبى والمجنون ولان أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبى والمجنون أما المجنون فظاهر وأما الصبى فلأن المراد به ما هو المعتدل منه والصبى وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبى العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما فيه مضرة (والنائم عديم الاختيار) فى التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه (وطلاق المكره واقع خلافا للشافعى هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار) لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعى انما هو بالاختيار (بخلاف الهازل فانه مختار) فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله فى التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر ذلك ألا ترى ان من أراد أن يقول لامرأته اسقنى فقال أنت طالق وقع وان لم يكن مختارا الحكمه لكونه مختارا فى التكلم (ولنا انه قصد ايقاع الطلاق فى منكوحته فى حال أهليته فلا يعرى عن قضيته) أى حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه والمخبر عنه اذ كان كذبا فالاخبار عنه لا يصير صدقا وقوله فى حال أهليته احتراز عن الصبى والمجنون وتقرير حجته أن المكره قصد ايقاع الطلاق فى منكوحته فى حال أهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار أهونهما واختيار أهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما فى الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود فى المكره لحاجته أن يتخلص عما توعد به من القتل أو الجرح وقوله الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التى باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود وأما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذى يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد والهازل اختيار كامل والفاسد فى حكم العدم فلا يلزم من الوقوع فى الهازل الوقوع فى المكره أجيب بان للهازل اختيارا كاملا فى السبب أما فى حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلا فكان اختيار الهازل أيضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار أحدهما بالآخر جائزا

(وطلاق المكره واقع) خلافا للشافعى هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعى بخلاف الهازل لانه مختار فى التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق فى منكوحته فى حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل

الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب انه اذا عقل الصبى الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر رضى الله عنهما جواز طلاق الصبى ومراده العاقل ومثله عن الامام أحمد والله أعلم بصحة هذه النقول (قوله وطلاق المكره واقع) وبه قال الشعبى والنخعى والثورى (خلافا للشافعى) وبقوله قال مالك وأحمد فيما اذا كان الاكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه وهو مروى عن على وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لا يجامع الاختيار الذى به يعتبر التصرف الشرعى بخلاف الهازل لانه مختار فى التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار فى التكلم اختيارا كاملا فى السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار أهونهما عليه غير انه محمول على اختياره ذلك ولا تأثير لهذا فى نفى الحكم يدل عليه حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفى لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لا تأثير للاكراه فى نفى الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذى يعم أحكام الدنيا وأحكام الآخرة بل اما حكم الدنيا واما حكم الآخرة والاجماع على ان حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والا عمم وروى محمد باسناده عن صفوان بن عمر والطائى ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقنى ثلاثا او لاذبحنك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة فى الطلاق وروى أيضا عن عمر رضى الله عنه انه قال

(ولنا انه قصد ايقاع الطلاق) أقول اى قصد التكلم بما هو موضوع لايقاع الطلاق كذا قيل وفيه بحث (قوله والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذى يقابل الحرمة الخ) أقول وأيضا لو أريد ذلك لكان الطلاق البدعى حلالا وليس كذلك (قوله والمخبر عنه اذا كان كذبا) أقول اى غير واقع (قوله لا يصير صدقا) أقول اى واقعا (قوله اذ العلة فيه) أقول اى فى الطلاق (قوله فكانا متساويين) أقول اى من تلك الجهة

(وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي عدمه) والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب وواضح خلا ان في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم وأطلق الزوال مجاراة للخصم لم يضره ذلك واعترض بوجهين أحدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة أولى لان الزجر والعقوبة هناك أتم وأجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها

فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية وأمكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكانت جهة اباحته تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب وأما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شئ فيجعل راجعا عما أقر به فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين أحدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا وأما غيره فهو ان يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا أكره على شربها بالقتل فهو كالاغماء حتى منع وقوع الطلاق والعتاق وأكد ذلك بقوله (حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه) لانه لم يكن زواله بمعصية واعترض بان في الصداع أثر الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف الى العلة كما يضاف اليها فما باله لم يكن كذلك وأجيب بأن الاضافة الى علة العلة انما

(وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه

أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة وأما الوجه القائل ان الاكراه لا يزيل الخطاب فيما أكره فيه حتى يباح مرة ويفترض ويحرم أخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتب حكم ما حل أو وجب الاقدام عليه اذا كان تلفظا ولا يلزم من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما ينبت مع الاكراه أحكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعها السهل حفظها في قولي

يصح مع الاكراه عتق ورجعة * نكاح وايلاء طلاق مفارق
وفيء ظهار واليمين ونذره * وعفو لقتل شاب عنه مفارقي

وهذا في الاكراه على غير الاسلام والا فبالاكراه على الاسلام تتم أحد عشر لان الاسلام يصح معه (قوله وطلاق السكران واقع) وكذا عتاقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي وما في بعض نسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس مذهبا لاصحابنا لانه اذا قال نويت به أو ذكر كناية من الكنايات مثل أنت حرة فيجب ان يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكر الذي يصح به التصرفات ان يصير بحال بحيث يحسن ما يستقبحه الناس أو يستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي في الاصح وأحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وأبو ثور وزفر وقد ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا ووجهه ان أقل ما يصح التصرف معه وان كان حكمه مما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح أو مظنته وليس له ذلك وهو أسوأ حالا من النائم لانه اذا أوقظ يستيقظ بخلاف السكران وصار كزواله بالبنج والدواء وهو الافيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له والا صحت ردته ولا تصح قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالامر والنهي بحكم فرعي عرفنا انه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه

(قوله ليس فيه امكان انفصال) أقول يعني نظرا الى نفسه وان كان الانفصال نظرا الى الاكراه وحالة الاضطرار لا يضر ذلك بخلاف السفر فانه نظرا الى نفسه ليس بمعصية بل كونه معصية انما هو بالنظر الى الغير (قوله واما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شئ فيجعل راجعا عما أقر به الخ) أقول اذا جعل مع زوال عقله غير زائل العقل زجرا فلم يجعل مع عدم رجوعه راجعا فان ذلك ليس بمناسب للزجر

فى الاحكام الفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب فى زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه فادرنا عليه واعتبرنا أقواله وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد ان اختلفوا فيها فأفتى المزنى بحرمتها وافتى أسد بن عمرو بحلها لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشئ لعدم ظهور شأنها فيهم فلما ظهر من أمرها من الفساد كثيرا وفشا عاد مشايخ المذهبين الى تحريمها وافتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها وهذا الوجه من الجانبين يفيد ان الخلاف فى صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة الى آخره وبه يبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييزه الرجل من المرأة والعجب ما صرح به فى بعض العبارات من ان معه من العقل ما يقوم به التكليف اذ لا شك ان على هذا التقدير لا يتجه لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص وان كان قبل سكره يستلزم ان يكون مخاطبا فى حال سكره اذ لا يقال اذا جننت فلا تفعل كذا وبدلالات النصوص والاجماع فانه لما ألحق بالصاحى فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحدود والقصاص حتى حد وقتل اذا قذف وقتل فلأن يلحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق أولى وانما لم يعتبر اقراره بما يوجب الحد لان حاله وهو كونه لا يثبت على شئ يوجبه راجعا عما أقر به عقيبه وعدم صحة ردته لان صريح النص ما اعتبر عقله باقيا الا فيما هو من فروع الدين فلو أثبتناه فى أصل الدين كان بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجبها كفاره التشديد فيما يوجبه ولان الاكفار والحالة هذه انما يكون احتياطا ولا يحتاط فى الاكفار بل يحتاط فى عدمه ولان ركنها الاعتقاد وهو منتف لا يقال يلزم عدم اكفار الهازل لانه أيضا لا يعتقد ما قاله من الكفر هزلا والواقع اكفاره لانا نقول اكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو منتف فى السكران لان زائل العقل لا يوصف بانه مستخف بشئ وفى جعل الفقه لان ابقاء عقله للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولان جهة زوال العقل تقتضى بقاء الاسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوى غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوى بل للهو وادخال الآفة قصدا ينبغى أن نقول يقع فان عبد العزيز الترمذى قال سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قالا ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الضرورة مبيحة فكان محمل هذا ما قلنا وعن ذلك قلنا اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع والحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة أعنى الصداع للقطع بأن أثرها لا يصل الى المعلول الاخير ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة له فى ذلك الوقت فصار الشرب الذى وجد عنه الصداع الذى عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بل يمنع الترخص فلم يضف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذى لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق به التشديد لاضافة زوال العقل اليه وهو المعصية وعلى هذا لو شربها مكرها أو لاساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الائمة الثلاثة وبه قال بعض مشايخنا وفخر الاسلام وكثير منهم على انه يقع لان عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والاول أحسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب فى زواله بسبب محظور وهو منتف والحاصل ان السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والاشربة الاربعة المحرمة أو اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر منها مختارا اعتبرت عباراته وأما

تكون اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر فى عدم الوقوع كما اذا جن

وقوله (وطلاق الاخرس واقع) ظاهر وقوله (وطلاق الامة ثنتان) أنث الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر ووجه الاستدلال له بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ماهو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله قال الله تعالى ولقد كرمنا بني آدم الآية ومعنى الآدمية في الحر أكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة ولخلوصه عن معنى المالية التي تجعل المملوك في قرن البهائم ملزوزا (فكانت مالكيته أبلغ) فان قلت الدليل أخص من المدعى لان المدعى لان الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا فأما اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت (ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان) ووجه الاستدلال أنه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء ثنتان فلم تبق اللام للجنس فان قيل يجوز أن يكون المراد بها الامة تحت عبد عملا بالحديثين أجيب بانه يفضي الى أن يكون الهاء في وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصا لها بكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر أو عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز أن يكون من باب الاستخدام بكون المراد بالامة الامة تحت عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابة لا تجدي في مقام الاستدلال

(وطلاق الاخرس واقع بالاشارة) لانها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى (وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا) وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان

من شرب من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد ويفتى بقول محمد لان السكر من كل شراب محرم (قوله وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت مفهومة فكانت كالعبارة) في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه سواء قدر على الكتابة أولا وهذا استحسان بالضرورة فانه لو لم يعتبر منه ذلك أدى الى موته جوعا وعطشا وعريا ثم رأينا أن الشرع اعتبرها منه في العبادات ألا ترى انه اذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا فكذا في المعاملات وقال بعض الشافعية ان كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الاشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاقه الاشارة المقرونة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيانا لما أجمله الاخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والاخرس فيها كالصحيح فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء وسنفصله ان شاء الله تعالى موصولا بكنايات الطلاق (قوله وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بالرجال والعدة بالنساء) فان كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين وان كان حرا وهي أمة لا تحرم عليه الا بثلاث ونقل أن الشافعي لما قال عيسى بن أبان له أيها الفقيه اذا ملك الحر على امرأته الامة ثلاثا كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت أوقع أخرى فلما أراد أن يقول فاذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة وبقول الشافعي قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما له ما روى عنه صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما واعتبار العدة بالنساء من

حيث

(قوله فان قلت الدليل أخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا الخ) أقول فيه ان حال العبد علم من قوله ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكان مالكيته أبلغ وأكثر فان الافعل يقتضي التشريك في أصل الفعل (قوله لكان لبعض الاماء) أقول يعني لا يكون لكل الاماء (قوله أجيب بانه يفضي الى قوله فيكون تخصيصا لها الخ) أقول مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا مطلقا وعند الشافعية أيضا اذا كان في مقابلة المنطوق وهنا كذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم العدة بالنساء (قوله والجواب ان ذلك خطابة) أقول أي ما ذكره الخصم في وجه الاستدلال من انه يجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة

ولان حل المحلية نعمة فى حقها وللرق أثر فى تنصيف النعم الا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان وتأويل ما روى ان الايقاع بالرجال (واذا تزوج العبد امرأة) باذن مولاه وطلقها (وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته) لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

حيث العدد فكذا ما قوبل به تحقيقا للمقابلة فانه حينئذ أنسب من أن يراد به الايقاع بالرجال ولانه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وفى موطا مالك أن نفيعا مكاتبا كان لام سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كان تحته امرأة حرة فطلقها ثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبى صلى الله عليه وسلم أن يأتى عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت بخلاف ما رواه وما مهد من معنى المقابلة لانه فرع صحة الحديث أو حسنه ولا وجد له حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف وقال الحافظ أبو الفرج بن الجوزى موقوف على ابن عباس وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطا موقوف عليه وعلى عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابى والالزام انما يكون بعد الاستدلال لان حقيقته نقض مذهب الخصم بما لا يعتقده الملزم صحيحا ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط يوجب صحة مذهب نفسه الا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون الا اذا كان ما نقض به مما يعتقده صحيحا وهو منتف عنده فى مذهب الصحابى فهو فى مذهبه وفى معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما روينا فان قلت قد ضعف أيضا ما رويتم بأنه من رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا أولا تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم وثانيا بأن ذلك التضعيف ضعيف فان ابن عدى أخرج له حديثا آخر عن المقبرى عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ عشر آيات فى كل ليلة من آخر آل عمران وكذا رواه الطبرانى ثم منهم من ضعفه عن أبى عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وأبى حاتم والبخارى تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس قال ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدمى مشايخنا بجرح فاذن ان لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا ومما يصحح الحديث أيضا عمل العلماء على وفقه وقال الترمذى عقيب روايته حديث غريب والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفى الدارقطنى قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغنى عن صحة سنده انتهى والله أعلم (قوله ولان حل المحلية نعمة) تزيد بزيادته ولذا اتسع حله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله (وللرق أثر فى تنصيف النعمة) فى الشرع كما عرف (الا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان) يعنى يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوجها مرة ونصفا عقيب طلاقه اياها لكن العقدة لا تتجزأ فكملت كالطلقة والحيضة فى حقها ثم لو تم أمر ما رواه كان المراد به ان قيام الطلاق بالرجال لانه لو كان احتمال اللفظ مساويا بالتأييد بما رويناه فكيف وهو المتبادر الى الفهم من ذلك اللفظ كما هو فى قولهم الملك بالرجال (قوله واذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح يثبت للعبد) لان ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على أصل الحرية الا أنه يحتاج فى ابتداء تملكه اياه الى اذن المولى لانه لم يشرع بلا مال فى حق الابتداء والبقاء فى حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا برقبته بحيث تؤخذ هى فيه وفى ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه اياه فاذا التزمه حتى ثبت له الملك كان له دفعه لا الى غيره وفى سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس رضى الله عنهما جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم رجل فقال

(ولان حل المحلية) أى حل أن تكون المرأة محل النكاح نعمة فى حق المرأة لانها تتوصل بذلك الى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة فى حقها يتنصف بالرق فان للرق أثرا فى تنصيف النعم فى الرجال فان العبد لا يملك من التزوج ما فوق الاثنتين فكذا فى حق النساء فانها لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضى أن لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا أى طلقة ونصف طلقة تنقيصا للحل المحلية (الا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان) ومذهبنا قول على وابن مسعود وقوله (وتأويل ما روى) يعنى قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره خاصة أجيب بل كان الى ذكره حاجة لان المرأة فى الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك بقوله الطلاق بالرجال (واذا تزوج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد) لكونه من خواص الآدمية والعبد مبقى فيها على أصل الحرية فكان يجب أن يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو قلنا به تضرر المولى فيه فتركناه لاجله

باب ايقاع الطلاق

(الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي) لان هذه الالفاظ تستعمل فى الطلاق ولا تستعمل فى غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة

يارسول الله سيدى زوجنى أمته وهو يريد أن يفرق بينى و بينها فصعد النبى صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما انما الطلاق لمن أخذ بالساق ورواه الدارقطنى أيضا من غيرها والله أعلم ﴿فرع﴾ الوكيل بالطلاق اذا لم يكن بمال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا أو رجعيا فللوكيل أن يطلقها بعد ذلك مادامت فى العدة واذا انقضت عدتها ينعزل حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها بخلاف مالو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائنا فانه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله أعلم بالصواب

باب ايقاع الطلاق

ماتقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الاولية السنى والبدعى واعطاء لبعض أحكام تلك الكليات وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات لتلك الكليات فان المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق لاعطاء أحكامها هكذا أو مضافة الى بعض المرأة واعطاء حكم الكلى وتصويره قبل الجزئى منزل منزلة تفصيل يعقب اجمالا فظهر ان المراد باب بيان أحكام مابه الايقاع والوقوع لأنه أراد المعنى المصدرى الذى لا تحقق له خارجا (قوله فالصريح قوله أنت طالق الخ) ظاهر الحمل يفيد ان لا صريح سوى ذلك وليس بمراد فسيذكر منه التطليق بالمصدر ولفظ الكنز كأنت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لاشعار الكاف بعدم الحصر وعلى هذا لا يصح ضبط الصريح بانه ما اجتمع فيه ط ل ق بصيغة التفعيل لا الافعال الا أن يقال الوقوع بالمصدر لتأوله بطالق (قوله فكان صريحا) فان ماغلب استعماله فى معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازا صريح فان لم يستعمل فى غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة فى هذه الالفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال فى معنى الطلاق دون غيره الا أن فى قوله فى تعليل عدم افتقارها الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لان الموصوف بالغلبة هناك ماوصفه بعدم الاستعمال فى غيره والغلبة فى مفهومها الاستعمال فى الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية فى الصريح لفظى التسريح والفراق لورودهما فى القرآن للطلاق كثيرا قلنا المعتبر تعارفهما فى العرف العام فى الطلاق لا استعمالهما شرعا مرادا هو بهما (قوله وانه يعقب الرجعة ذكر للصريح حكمين كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه الى نية) أما الاول فقيد بما اذا لم يعرض عارض تسمية مال أو ذكر وصف على ماسيأتى وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة الى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن بعد صريح طلاقه المفاد بقوله تعالى والمطلقات يتربصن فعلم أن الصريح يستعقبها للاجماع على أن المراد بالبعولة فى الآية المطلقون صريحا حقيقة كان أو مجازا غير متوقف على اثبات كون المطلق رجعيا

باب ايقاع الطلاق

لمافرغ من بيان أصل الطلاق ووصفه شرع فى بيان تنويعه فقال (الطلاق) أى التطليق (على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعى) لكون هذه الالفاظ صريحة والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية ورد بأنه قال أحق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه وأجيب بان البعل فى اللغة اسم للزوج حقيقة وهى لا تترك الا بدليل

باب ايقاع الطلاق

قال المصنف (ولا تستعمل فى غيره) اقول أى غالبا بقرينة قوله لغلبة الاستعمال فيندفع التدافع بين كلاميه

بالنص (ولا يفتقر الى النية) لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة

بعلا حقيقة فلا حاجة الى اثباته فى ذلك وأما قولهم سماه بعلا فعلم ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ثم ارادان حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا الا مجازا وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو بأولى من قلبه ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك بل قد يقال أيضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بمتعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع فى البيع الذى فيه خيار شرط للبائع فان معناه رد المبيع عن أن يخرج عن ملكه عند مضى المدة بفسخ السبب فى الحال وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا به بعد تأثير السبب كما فى رد المشترى المبيع بالعيب يعنى الى قديم الملك الزائل فانما يحتاج اليه لاثبات بحث آخر على ان كونه فى الاول حقيقة مما يمنعه الخصم ويدل عليه أيضا قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فانه أعقبه الرجعة التى هى المراد بالامساك وهو الانسب بقول المصنف وانه يعقب الرجعة بالنص وذلك لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل فدل على ابقاء النكاح بعد الرجعي وهو المطلوب الآخر وأما الثانى وهو كونه لا يفتقر الى النية فنقل فيه اجماع الفقهاء الا داود فانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا هذا احتمال يعزب اخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى وحديث ابن عمر حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوى ام لا يدل على ذلك فان ترك الاستفصال فى وقائع الاحوال كالعموم فى المقال ولا يخفى ان قرائن ارادة الايقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة الطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينو شيأ أصلا يقع لأنه يقع وان نوى شيأ آخر لما ذكر أنه اذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل فى رواية كما سيذكر ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما بمعناه أو النسبة الى الغائبة كما يفيده فروع هو انه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوى طلاقا لا تطلق وفى متعلم يكتب ناقلا من كتاب رجل قال ثم وقف وكتب امرأتى طالق وكلما كتب قرن الكتابة باللفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه ولو قال لقوم تعلمت ذكرا بالفارسية فقولوا معى فقال زن من بسه طلاق فقالوه ولم يحكم عليهم بالحرمة وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيأ آخر كذا نقل من فتاوى المنصورى ومافى الخلاصة لو لقنت المرأة زوجت نفسى من فلان بالعربية ولم تعرف معناه بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه أو لا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقيل لا كالبيع يقتضى عدم الخلاف فى الوقوع فى مسئلة الذكر وفيها فى الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل وطلاق الرجل الذى أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع وفى النسفى قال أبو حنيفة لا يجوز الغلط فى الطلاق وهو ما اذا أراد أن يقول اسقنى فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين وقال أبو يوسف لا يجوز الغلط فيهما وفى الخلاصة أيضا قالت لزوجها اقرأ على اعتدى أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا فى القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم ينو وهذا يوافق مافى المنصورى ويخالف مقتضى ما ذكره آنفا من مسئلة التلقين بالعربية والذى يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى وقوله فيمن سبق لسانه واقع أى فى القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالعتاق يدين بخلاف الهازل لانه مكابر باللفظ

فانه لم يثبت الملك فيها للمشترى ثم اذا فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البائع (ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه) والصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر الى النية وقوله (وكذا اذا نوى الابانة) معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة يعنى ان لم ينو شيأ

قال المصنف (لغلبة الاستعمال) أقول قال ابن الهمام لا يخفى عليك ان الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال فى غيره والغلبة فى مفهومها الاستعمال فى الغير قليلا ففيه تدافع للتقابل بين الغلبة والاختصاص انتهى يجوز أن يكون المراد فيما سبق ولا يستعمل فى غيره غالبا بقرينة كلامه الثانى كما أشرنا اليه (قوله وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه) أقول وأيضا يستعمل الرد فى الوديعة والعارية ولا زوال ملك فيهما (قوله وقوله وكذا اذا نوى الابانة) معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة أقول فيكون فى كلامه تسامح حيث جعله معطوفا على قوله وانه يعقب الرجعة مع انه معطوف على محذوف وهو قوله ان لم ينو شيأ

وكذا اذا نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى تنقضي العدة وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا ولقائل أن يقول ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة الى البائن كان أسلم وموضعه أصول الفقه وقوله (فيرد عليه) يعني (٤٦) قصده وتقرير الحجة لانه قصد تقديم ما أخر الشرع الى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث وأصله بقرة بني اسرائيل (ولو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة (لم يدين في القضاء) أي لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تديينا وكلته الى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه تخفف وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه في ذلك (ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله) اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل في الابل أو الوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا (ولو نوى به) أي بقوله طالق (الطلاق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو) قيل أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فان الطلاق ليس برفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن (عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل في التخليص) فكان معناه أنت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره أما اذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة رواية واحدة

لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن أبي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص

فيستحق التغليظ وسيذكر في أنت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني اللفظ بعد القصد الى اللفظ والحاصل أنه اذا قصد السبب عالما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده الا ان أراد ما يحتمله واما أنه اذا لم يقصده أو لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم وفسر بأمرين أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع انه قاصد للسبب عالم بحكمه فالغاؤه لغلطه في ظن المحلوف عليه والآخر أن يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله بلى والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده اليه فهذا تشريع لعباده ان لا يرتبوا الاحكام على الاسباب التي لم تقصد وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث انه لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه وانما لا يصدقه غير العليم وهو القاضي وفي الحاوي معزوا الى الجامع الاصغر ان أسدا سئل عمن أراد أن يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق فقال في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما أما التي سماها فلانه لم يردها وأما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية فهذا صريح وأما ما روي عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه (قوله وكذا اذا نوى الابانة) أي بالصريح يقع رجعيا وتلغو نيته (لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة) عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك (فيرد عليه) لانه استعجل ما أخر الشرع كما رد ارث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه (قوله ولو نوى الطلاق) أي بقوله أنت طالق (عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر) الا أن يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله (ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى) لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل

(قوله جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة) أقول التقييد بعدم ارادة البينونة يقتضي دليلا (قوله وهو قيل أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل الخ) أقول فعلى هذا قوله غير مقيد يكون على صيغة اسم الفاعل ثم أقول لكن الاولى من جهة المعنى هو ان يعود الى المرأة أي هي غير مقيدة بالعمل لا حساوهو ظاهر اذ هو ليس بقيد محسوس وأما شرعا فلأن المرأة لا يجب عليها العمل

ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا قال

بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ وعن أبى حنيفة يدين فيما بينه و بين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص فكانه قال أنت متخلصة عن العمل ولو صرح فقال أنت طالق من هذا العمل صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه يظن انه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف مالو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه قليلا وكل ما لا يدينه القاضى اذا سمعته منه المرأة أو شهد به عندها عدل لا يسعها أن تدينه لانها كالقاضى لا تعرف منه الا الظاهر (قوله ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها) أى لفظة مطلقة غير مستعملة فيه أى فى الطلاق بالمعنى الشرعى عرفا بل فى الانطلاق عن القيد الحسى فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية ﴿ فروع ﴾ لو قال لها يا مطلقة بالتشديد أو يا طالق وقع ولو قال أردت الشتم لم يصدق لان النداء استحضار بالوصف الذى تضمنه اللفظ اذا كان يمكنه اثباته بذلك اللفظ بخلاف قوله يا ابنى لعبده ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء فى رواية أبى سليمان وهو حسن و ينبغى على قياس ما فى العتق لو سماها طالقا ثم ناداها به لا تطلق وقد روى وكيع عن ابن أبى ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة ابن عبد الرحمن ان امرأة قالت لزوجها سمنى فسماها الطيبة فقالت ما قلت شيأ فقال هات ما أسميك به فقالت سمنى خلية طالق قال فأنت خلية طالق فجاءت الى عمر فقالت له إن زوجى طلقنى فجاء زوجها فقص القصة فأوجع عمر رأسها وقال له خذ بيدها وأوجع رأسها ولو قال طلقتك أمس وهو كاذب كان طلاقا فى القضاء ولو قال فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها الى أبيها أو أمها أو أختها أو ولدها وامرأته بذلك الاسم والنسب فقال عنيت أخرى أجنبية لا يصدق فى القضاء بخلاف الاقرار لفلان بن فلان اذا ادعى ذلك من اسمه ونسبه ذلك لا يلزمه الاعطاء و يحلف ماله عليه هذا المال الا ماهو فلان بن فلان ولو قال هذه المرأة التى عنيت امرأتى وصدقته فى ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق فى ابطال الطلاق عن المعروفة الا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بالطلاق أو على اقرارهما به قبل ذلك أو تصدقه المرأة المعروفة كذا فى الكافى للحاكم ولو قال امرأتى فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق امرأته الا بالنية وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال ان خرجت من البلدة قبل ان أقضيك حقك فامرأتى فلانة طالق واسم امرأته غيره لا تطلق اذا خرج قبله ولو قال لاحدى نسائه يا زينب فأجابته زوجته عمرة فقال أنت طالق طلقت المجيبة ولو قال أردت زينب طلقتا هذه بالاشارة وتلك بالاقرار هذا فى القضاء أما فيما بينه و بين الله تعالى فانما يقع على التى قصدها ذكره فى البدائع ولو قال أنت زينب فقالت عمرة نعم فقال اذن أنت طالق لا تطلق ولو قال عليك الطلاق أو لك اعتبرت النية ولو قال قولى أنا طالق لا تطلق حتى تقولها ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح احداهما فاسد فقال فلانة طالق وقال عنيت التى نكاحها فاسد لا يصدق فى القضاء وكذا لو قال احداكما أو احدى امرأتى طالق و يقع أيضا بالتهجى كانت ط ا ل ق وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م اذا نوى صرح بقيد النية فى البدائع ولا يقع بأطلقك الا اذا غلب فى الحال ولو قالت أنا طالق فقال نعم طلقت ولو قاله فى جواب طلقنى لا تطلق وان نوى ولو قيل له ألست طلقتها فقال بلى طلقت أو نعم لا تطلق والذى ينبغى عدم الفرق فان أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما ايجاب المنفى ولو قال خذى طلاقك فقالت أخذت اختلف فى اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها و يقع بطلقك الله أطلقها فى النوازل مرة ثم أعادها وشرط النية وهو الحق وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ تلاق وتلاغ وطلاغ وطلاك وتلاك و يقع به فى القضاء ولا يصدق الا اذا أشهد على ذلك قبل التكلم بان قال امرأتى تطلب

(ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا) واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية

(ولا يقع به الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التمييز

مني الطلاق وأنا لا أطلق فأقول هذا ويصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق أولا بين العالم والجاهل وهو
قول الحلواني ثم رجع الى هذا وعليه الفتوى ولو قال نساء أهل الدنيا أو الري طوالق وهو من أهل الري
لا تطلق امرأته الا ان نواها رواه هشام عن أبي يوسف وعليه الفتوى وعن محمد روايتان ولا فرق بين
ذكر لفظ جميع وعدمه في الاصح وفي نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهي فيه
تطلق ونساء أهل القرية منهم من ألحقها بالدار ومنهم من ألحقها بالمصر ولو قال طلاقك علي لا يقع
ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل تطلق رجعية نوى أو لا وقيل لا يقع وان نوى وقيل في قول أبي
حنيفة يقع وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم وقيل بل في قول أبي يوسف يرجع في ذلك كله الى
نيته وقيل يقع في واجب للتعارف به وفي الثلاثة لا يقع وان نوى لعدم التعارف وفي الفتاوى الكبرى
للخاصي المختار انه يقع في الكل لان الطلاق لا يكون واجبا أو ثابتا بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت
الا بعد الوقوع وفرق بينه وبين العتاق وهذا يفيد ان ثبوته اقتضاء ويتوقف على نيته الا أن يظهر
فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى ان قصده وقع
والا لا فانه قد يقال هذا الامر علي واجب بمعنى ينبغي ان أفعله لا اني فعلته فكأنه قال ينبغي ان أطلقك
وقد تعورف في عرفنا في الحلف الطلاق يلزمني لا أفعل كذا يريد ان فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب
أن يجري عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت كذا فأنت طالق وكذا تعارف أهل الارياف الحلف
بقوله علي الطلاق لا أفعل ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لانه ترخيم وهو غلط اذ الترخيم اختيارا في النداء
وفي غيره انما يقع اضطرارا في الشعر ولو قال أنت بثلاث وقعت ثلاث ان نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه
ولو قال لم أنو لا يصدق اذا كان في حال مذاكرة الطلاق لانه لا يحتمل الرد والا صدق ومثله بالفارسية
توبسه على ماهو المختار للفتوى خلافا للصفار ولو قال أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة أو غير مطلقة
فان عنى به الطلاق وقع والا فلا لانه نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عند عدم كونها مطلقة لاجل فلانة
لان أفعل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما اذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته فقال لها ذلك
فانه يقع وان لم ينو وكذا لو قال أنت أزنى من فلانة لا يحد لانه ليس صريحا في القذف وعن محمد فيمن
قال لامرأته كوني طالقا أو اطلقي يقع لان قوله كوني ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا
منها بل عبارة عن اثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس أمرا بل كناية عن التكوين
وكينونتها طالقا يقتضي ايقاعا قبل فيتضمن ايقاعا سابقا وكذا قوله اطلقي ومثله قوله للامة كوني
حرة (قوله ولا يقع به) أي بالصريح المقيد بالالفاظ المتقدمة أنت طالق مطلقة طلقتك لا تطلق
(الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) لا الصريح مطلقا لان منه المصدر وبه يقع الثلاث بالنية (وقال
الشافعي يقع ما نوى) وهو قول الائمة الثلاثة وزفر وقول أبي حنيفة الاول ثم رجع عنه وجه قول
الجمهور انه نوى محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق لان الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو
يحتمله اتفاقا (ولهذا) أي ولان ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير (صح قران العدد به تفسيرا حتى
ينصب على التمييز) وحاصل التمييز ليس الا تعيين أحد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة انه أتى
النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتي البتة قال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال
والله ما أردت الا واحدة فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه وأيضا اذا صح نية الثلاث بقوله أنت بائن

وقوله (ولا يقع به) من كلام القدوري متصل بقوله وهذا يقع بها الطلاق أي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة (الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك وقال الشافعي يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق) لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه (ولهذا) أي لكونه محتمل لفظه (يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير) وكل ما هو محتمل اللفظ تصح نيته

قال المصنف (ويكون نصبا على التفسير) أقول أي نصبا على التمييز وفي التلويح في مبحث الامر لانسلم انه تفسير بل تغيير الى ما يحتمله مطلق اللفظ ولهذا قالوا اذا قرن بالصيغة ذكر العدد في الايقاع يكون الوقوع بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لامرأته طلقتك ثلاثا أو واحدة وقد ماتت قبل ذكر العدد لم يقع شيء انتهى

ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا (واذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا فان لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلاث)

وهو كناية فني الصريح الاقوى أولى (قوله ولنا انه نعت فرد) قيل غير مستقيم لان الكلام ليس في المرأة الموصوفة انها تحتمل العدد على مايعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه ووحدته لا تمنع احتمال العدد بجنسيته وتحرير التقرير أن أنت طالق اذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن ان الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فاما أن يكون أثبته اقتضاء تصحيحا للاخبار فلا يتجاوز الواحدة اذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك أو نقله من الاخبار الى الانشاء وهو خلاف الاصل لا يصار اليه الا بموجب نقل وهو منتف لان جعله موقعا لا يستلزم نقله لان باثباته اقتضاء يحصل المقصود ويعترض بالقطع بتخلف لازم الاخبار اذ لا يفهم من أنت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل وبه يندفع ماقيل انه اخبار من وجه انشاء من وجه بل هو انشاء من كل وجه لما قلنا ويمكن أن يقال بعد التسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فعلم انه انما نقله الى انشاء ايقاع الواحدة لجعله موقعا بها ماشاء استعمال في غير المنقول اليه الا أن ينقل ان الشارع نقله لما هو أعم وليس فلا يراد به وملاحظة مايصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم انما يتفرع عن ارادة الاستعمال اللغوي ونقله الى الانشاء يباينه لانه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على ان المصدر الذي يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد أصلا بل يختلف بالكيفية وبين مايعقبه الرجعة شرعا وما لا الا في الكمية وحينئذ يتفق كلامهم هنا وفي البيع حيث جعل المصنف بعت انشاء حيث قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة ارادة الثلاث في مطلقة وطلقتك لانه صار انشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثا لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره أي طلاقا أي تطليقا ثلاثا كما ينصب في الفعل مصدر غيره مثل أنبتكم من الارض نباتا أو يضمر له فعل على الخلاف فيه بخلاف طلقها وطلق نفسك لان المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح ارادته منه لانه لا نقل فيه الى ايقاع واحدة هذا ونقض بطالق طلاقا فانه يصح ارادة الثلاث مع ان المنتصب هو مصدر طالق ويدفع بأن طلاقا المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فصح أن يراد به الثلاث على ارادة التطليق به معمولا لفعل محذوف تقديره طالق لاني طلقتك تطليقا ثلاثا بقي انه يرد ارادة الثلاث بأنت الطلاق وهو وصف المرأة والجواب انه اذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطليق فيصح نية الثلاث ونوقض بأنه لم لا يجوز في طالق عند ارادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليك التطليق وجاز في المصدر وقد يدفع بانه لو أريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفعل اسم المفعول وهو منتف فان قلت ظاهر ماذكرت انه لو صح أن يراد اسم المفعول صحت ارادة الثلاث والفرض ان صريح اسم المفعول كانت مطلقة لا يقبل نية الثلاث فكيف بما يراد هو به فالجواب ان الذي لا يقبله هو اسم المفعول المنقول للانشاء على ما التزمنا الجواب به والذي يراد بطالق ليس للانشاء فتأمل ويدل على انه لا يراد بطالق الثلاث حديث ابن عمر في الصحيحين انه طلق امرأته في الحيض فلم يستفسره النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثلاث منه لاستفسره يدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد في سنن

والضد لا يحتمل الضد وقوله (وذكر الطالق) جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تتصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا له وكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عموم له وقوله (والعدد الذي يقرن به) جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح وقوله (واذا قال أنت الطلاق) واضح

قال المصنف (ولنا انه نعت فرد) أقول فيه نظر لان قوله نعت فرد لا يناسب المقام لان الكلام في عدم صحة نية الطلقتين بالطلاق لا في عدم صحة نية المرأتين به فتأمل كذا قال الزيلعي والظاهر ان مراد المصنف سد باب قابلية نية الثلاث عن هذا اللفظ من جميع الجهات حتى يظهر لزوم مدعاه بالاولوية فليتأمل قال المصنف (معناه طلاقا ثلاثا) أقول وانتصابه بفعل محذوف وتقدير الكلام أنت طالق لاني طلقتك ثلاثا

ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة أولى وأما وقوعه باللفظة الاولى فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أى عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية أما الثنتان فى حق الحرة فعدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد يراعى فى ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو الجنسية والمثنى بمعزل منهما

أبى داود انه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال والله ما أردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يمضى حكم المحتمل حتى يستفسر عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل بحقائقها لا انها يراد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يسأله كما لم يسأل ابن عمر ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فسأله وانما احتملت حقائقها أعنى معنى البينونة التى تفيده البتة كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على مادونها فصح أن يراد كل من النوعين غير انه اذا لم يكن له نية ثبت الاخف للتيقن (قوله ووقوع الطلاق باللفظة الثانية) يعنى طالق الطلاق وبالثالثة وهى طالق طلاقا وما فى الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلاث بطالق طلاقا لم يكن الا بالمصدر ويلغو طالق فى حق الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان الواقع هو العدد والا يشكل فانه حينئذ يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان وهو باطل فى الحرة لما عرف وهذا يقوى المروى عن أبى حنيفة انه لا يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية وان لم يذكر الا فى المنكر (قوله وأما وقوعه باللفظة الاولى) وهى الطلاق (فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أى عادل فصار كقوله أنت طالق) ويرد انه اذا أريد به طالق يلزم أن لا تصح فيه نية الثلاث وسنذكر جوابه (قوله ولا يحتاج فيه الى النية) أى فى أنت الطلاق الى نية لانه صريح فى غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية ان التطليق بالمصدر بالكناية لانه لم يغلب استعماله فيه وقول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لان الذى غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيثما استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا فى طالق الصريح فيثبت له حكم طالق لا يقال فيلزم فى سائر الكنايات انها صرائح لانا نمنع انها مستعملة فى الطلاق بل فى معانيها الحقيقية على ما سيتحقق ولذا أوقعنا بها البائن فان قيل فكيف تقع الثلاث وقد أريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح فى طالق ويحتمل أن يراد على حذف مضاف أى ذات طلاق وعلى هذا التقدير تصح ارادة الثلاث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا أوجه ان شاء الله تعالى مما قيل انه وان أريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة الثلاث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا ذاته التى هى هواء مضغوط فاذا فرض ان معناه الذى أريد به ليس الا ما لا تصلح ارادته منه فكيف يراد به ذلك الذى لا يصح ويمكن أن يراد به انها عين الطلاق ادعاء وتصح معه أيضا ارادة الثلاث وعليه قول الخنساء * فانما هى اقبال وادبار * يعنى الناقة لا على ان المراد مقبلة ومدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا تصح خلافا لزفر والشافعى الا أن تكون المرأة أمة لهما ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث قلنا نية الثلاث لم تصح باعتبار انها كثرة بل باعتبار انها فرد من حيث انه تمام جنس واحد بخلاف الثنتين فى الحرة لانه عدد محض وألفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى

وقوله (فصار بمنزلة قوله أنت طالق) اعترض عليه بان قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث كما لم تصح فى أنت طالق وأجيب بأن نية الثلاث انما لا تصح فى طالق لانه نعت فرد كما تقدم وأما الطلاق فهو مصدر فى أصله وان وصف به فلم ينف فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث وبقية كلامه واضح

(ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق)

فيها التوحيد وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنها وقد ذكر الطحاوي انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة وأما المحلى فيقع به الثلاث قال الجصاص هذه التفرقة لا يعرف لها وجه الا على الرواية التي رويت عن أبي حنيفة في أنت طالق طلاقا فان تكون واحدة وان نوى ثلاثا لان المصدر ذكر للتأكيد ونفي المجاز لا للايقاع أما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق وفي المغني لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب الى أبي يوسف ماقول القاضي الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقي ياهند فالرفق أيمن * وان تخرقي ياهند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال أبو يوسف هذه مسئلة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها فأتى الكسائي فسأله فأجاب عنها بما سنذكره وهو بعد كونه غلطا بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد فان من شرطه معرفة العربية وأساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله أهل الثبت من هذه المسئلة عمن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا وان المرسل بها الكسائي الى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف أصلا ولا للرشيد ولمقام أبي يوسف أجل من أن يحتاج في مثل هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ ففي المبسوط ذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث الى محمد بفتوى فدفعها الي فقرأتها عليه فقال ماقول قاضي القضاة الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقي ياهند فالرفق أيمن * وان تخرقي ياهند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما يقع عليه فكتب في جوابه ان قال ثلاث مرفوعا يقع واحدة وان قال ثلاثا منصوبا يقع ثلاث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء حال فيبقى قوله أنت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلاثا منصوبا على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال أنت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة لان الثلاث تفسير لما وقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور الصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة أما الرفع فلان أل في الطلاق إما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل أي المعتد به واما للعهد الذكري أي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاث فعلى العهدية يقع الثلاث وعلى الجنسية واحدة وأما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث اذ المعنى حينئذ فأنت طالق ثلاثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا فانما يقع مانواه هذا ما يقتضيه اللفظ وأما الذي أراده الشاعر فالثلاث لانه قال بعده

فبيني بها ان كنت غير رفيقة * وما لامرئ بعد الثلاث مقدم

انتهى وتخرقي بضم الراء مضارع خرق بكسرها والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ولا يخفى ان الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمة ان كان ثلاثا وأما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي كما ذكر بقي أن يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهد الذكري وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر انه أراده كما أفاده البيت الاخير فجواب محمد بناه على ماهو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال (قوله ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) تقدم انه اذا أراد

وقوله (ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى) فان لم تكن موطوءة لغا الثاني وان كانت موطوءة (يصدق) ويقع طلقتان رجعيتان

قوله ومضارع خرق بكسرها كذا في النسخ والذي في كتب اللغة ان المضارع المضموم للماضي المضموم كتبه مصححه

(لان كل واحد منهما صالح للايقاع) بتقدير المبتدا في الثاني كما لو قال أنت طالق وطالق (ولو أضاف الطلاق الى جملتها) مثل قوله أنت طالق لان التاء ضمير المرأة وذكر هذا وان كان قد علم مما قبله لتمهيد الذكر ما بعده (أو الى

لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها (واذا أضاف الطلاق الى جملتها أو الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق) لانه أضيف الى محله وذلك (مثل أن يقول أنت طالق) لان التاء ضمير المرأة (أو) يقول (رقبتك طالق أو عنقك) طالق أو رأسك طالق (أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) لانه يعبر بها عن جميع البدن أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت أعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر

بطالق طلاقا أو الطلاق ثنتين لا يصح فأفاد هنا انه لو أرادهما بالتوزيع صح ووجهه بقوله (لان كلا منهما صالح للايقاع فكانه قال أنت طالق وطلاق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها) وهذا منقول عن أبي يوسف والفقيه أبي جعفر ومنعه فخر الاسلام لان طالقا نعت وطلاقا مصدره فلا يقع الا واحدة وكذا في أنت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقا نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ لتعدده وصحة الارادة به الا باهدار لزوم صحة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل وظهر ان الاولى في التشبيه أن يقال فصار كقوله أنت طالق طلاق لا طالق وطلاق وان صح الآخر من جهة المعنى (قوله وان أضاف الطلاق الى جملتها أو الى ما يعبر به عن الجملة وقع) ومثل المضاف الى الجملة بقوله أنت طالق والمضاف الى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق ولا يخفى أن الاضافة فيهما معا الى ما يعبر به عن الجملة من لفظ أنت ورقبتك الخ والتحقيق ان ما يعبر به عن الجملة اما بالوضع أو بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو أحد الاقوال في أنت انه برمته ضمير أو التاء وان عمادا وان واللواحق حروف تدل على خصوص المراد (قوله أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) هذه أمثلة ما يعبر به عن كل الانسان وذكر استعمالاتها فيها وأما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا وأبعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج أن يركبن السروج وضعفه وأين لفظ ذات الفرج من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة اطلاقا للبعض على الكل (قوله رأس القوم) أي أكبرهم (ويا وجه العرب) يعني يا أوجههم وبه يندفع ما أورد ان الاستدلال به فاسد لان معناه ان القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا ان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لانه عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا أيها العرب اهـ ومبنى كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم بعض فاثبت له الوجه ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فأطلق عليه رأس القوم ووجههم أي أشرفهم وقوله تعالى كل شيء هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك أي ذاته الكريمة وأعتق رأسا ورأسين من الرقيق وانا بخير ما دام رأسك سالما يقال مرادا به الذات أيضا (قوله ومن هذا القبيل الدم) يعني في رواية تطلق ويراد به الكل وهي رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح ورواية كتاب العتق لا تصح فانه

ما يعبر به عن الجملة مثل قولك رقبتك طالق) قال الله تعالى فتحرير رقبة ولم ترد الرقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح

قوله لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدا في الثاني) أقول فحينئذ كان الاليق للمصنف أن يقول فكأنه قال أنت طالق أنت الطلاق ثم أقول فان قيل كيف يصح تقدير المبتدا في الثاني وهو منصوب قلنا لانه قد لا يلتفت الى الاعراب خصوصا في العامي قال المصنف (أو الى ما يعبر به عن الجملة) أقول يعني الى الجزء الذي يعبر به عن جملة الانسان من حيث هو انسان فلا يرد اليد والعين لان التعبير فيهما من حيث انه تاجر وجاسوس فليتأمل والتفصيل في مباحث البيان في المطول قبيل الاستعارة (قال المصنف ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب) أقول والكلام وان كان على التشبيه الا انه يعلم منه جواز استعارة الرأس لفلان وكذا الوجه بترك التشبيه الا انه لا يدل هذا على جواز ارادة الشخص نفسه من الرأس المضاف الى ضمير الخطاب كما في سيد القوم وسيدك والاظهر أن يستدل بقولهم أمرى حسن ما دام رأسك سالما وقولهم في الدعاء يعيش رأسك وقوله تعالى ويبقى وجه ربك قال

ولو قال يدك طالق أو رجلك لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر والسن والظفر لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون حالا محله فاذا أضيف اليه الطلاق ثبت الحكم فيه توفية لحق الاضافة ثم يسرى الى الكل كما في الجزء الشائع فان قيل لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح اذا أضيف اليه ثم يسرى الى الكل أجاب بقوله بخلاف ما اذا أضيف اليه النكاح لان السرايه ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السريان (وفي الطلاق الامر على القلب) يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء وقوله (ولنا انه أضاف الطلاق الى غير محله) ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما أطراف وهي اتباع لا محالة فاذا ورد عليهما دخل الاتباع كما في شراء تلك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكرا للتبع وأما ذكر التبع فلا يكون ذكرا للاصل فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال أردت اضمار صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلواني اذا قال لها رأسك طالق وعنى اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعد أن نقول بانها لا تطلق ولو قال يدك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد أن نقول بأنها تطلق

(وكذلك ان طلق جزأ شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك) طالق لان الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة (ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق) وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسرى الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا أضيف اليه النكاح لان التعدى ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه أضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا أضافه الى ريقها أو ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

قال اذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع (قوله وكذلك ان طلق جزأ شائعا) يعني يقع عليها كنصفها وربعها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة (قوله ولو قال يدك طالق أو رجلك) وهذا يقابل معنى الاول أي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدبر لا يقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر او آلى أو أعتق إصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا العفو عن القصاص وما كان من أسباب الحل كالنكاح لا تصح اضافته الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف (قوله لهما) حاصله قياس مركب نتيجة الاول انه أي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فجعل صغرى ويضم اليها وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسرى كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ان قلنا بالسرايه لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع (قوله ولنا الخ) حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلا للحل

(قوله كالاصبع والشعر والظفر) أقول فعلى هذا يكون قول المصنف وظفرها رد المختلف الى المختلف (قوله أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال أردت اضمار صاحبها طلقت) أقول يمكن أن يدعى مثل ذلك في لعن الله الفروج كما جاء مصرحا به في بعض الروايات وكذا في قوله تعالى فتحرير رقبة وغيره وقيل تأنيث الفعل يأبى عن تقدير المضاف ولا يخفى عليك ان التأنيث بناء على اكتسابه اياه من المضاف اليه والشرط موجود لان الاخذ يسند الى اليد أيضا (قوله وانما الكلام من حيث الحقيقة) أقول يعني بدون الاضمار

واختلفوا فى الظهر والبطن والاظهر انه لايصح لانه لايعبر بهما عن جميع البدن (وان طلقها نصف تطليقة أوثلثها كانت) طالقا (تطليقة واحدة) لان الطلاق لايتجزأ وذكر بعض مالايتجزأ كذكر الكل وكذا الجواب فى كل جزء سماه لما بينا

لكونه محلا للطلاق بل محله مافيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه أى تسليمها نفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أولا ثم يثبت الحل تبعا له حكما لهذا الحكم والطلاق ينبئ عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك و يرتفع الحل تبعا لرفعه كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوى ليس فى اليد ولا فى غيرها من أجزاء الهوية لان المنع خطاب ولا يتعلق بالاجزاء الخارجية بل يسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد وحل الاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع فى ذلك بخلاف الجزء الشائع اذلا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق و وقوعه بالاضافة الى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ولذا نقول لوقال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلوانى لايبعد أن يقال لايقع لكن ينبغى أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى اما فى القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لايصدق ولوقال عنيت باليد صاحبها كما أراد عز قائلا فى قوله عز قائلا ذلك بما قدمت يداك أى قدمت وعناه صلى الله عليه وسلم فى قوله على اليد ما أخذت حتى ترد وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالاضافة اليها لان الطلاق مبنى على العرف ولذا لوطلق النبطى بالفارسية يقع ولو تكلم به العربى ولايدرى به لايقع ولا مناقشة فى هذا انما الخلاف فى ان ماعلك تبعا هل يكون محلا لاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل فاما على مجازه فى الكل لا اشكال انه يقع يدا كان أو رجلا بعد كونه مستقيما لغة أو لغة قوم (قوله واختلفوا فى الظهر والبطن والاظهر انه لايصح لانه لايعبر بهما عن كل البدن) وكذا لوقال ظهرك على أو بطنك على كظهر أمى أى لايكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لاصدقة الاعن ظهر غنى الظهر مقحم فيه أما لو كان فيهما عرف فى ارادة الكل بهما ينبغى أن يقع ولذا لايقع بالاضافة الى البضع ومافى بعض النسخ لوقال بضعك طالق يقع قال شمس الائمة الحلوانى تصحيف انما هو بعضك أو نصفك وفى الخلاصة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندى فيه نظر لان الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لان البضع بمعنى الفرج أيضا و يقع فى الفرج دون البضع لجواز تعارف أحدهما فى الكل دون الآخر والاوجه ان محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا ان المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لايلزم كون الاست كذلك وهذا لان حقيقة الامر أن يقال يقع بالاضافة الى اسم جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لايتصور التعبير به هذا وقد يقال على المصنف ان كان المعتبر فى كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب ان لايقع بالاضافة الى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان فيجب أن لايذكر الخلاف فى اليد لما ثبت من استعمالها فى الكل فى القرآن والحديث على ماذكرناه وأيضا ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح اذلم يشترط فى الوقوع به النية والصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك (قوله وان طلقها نصف تطليقة أوثلثها كانت تطليقة) وكذا الجواب فى كل جزء سماه كالثمن أوقال جزء من ألف جزء من تطليقة وقال نفاة القياس لايقع به لان بعض الشئ غيره والمشروع الطلاق لاغيره ولايخفى ان المراد بغيره ماليس اياه والا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل وتصرفه ماأمكن ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن للمذكور جزء كان كذكر كله تصحيحا كالعفو

واذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن فى معنى الاصل اذلا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المصنف (والاظهر انه لايصح) أى الايقاع بكل واحد منهما لانه لايعبر بهما عن جميع البدن ولهذا لوقال ظهرك أو بطنك على كظهر أمى لايكون مظاهرا (وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها طلقت تطليقة واحدة) لانه ذكر بعض مالا يتجزأ وهو الطلاق اذ نصف التطليق أوثلثه غير مشروع وذكر بعض مالا يتجزأ كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا أقام الدليل على البعض وهو مما لايتجزأ أوجب كماله والا لزم ابطال الدليل (وكذا الجواب فى كل جزء سماه) والنصف كالربع والثمن والسدس وغيرها (لما بينا) انه لايتجزأ

(قوله

(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف تطليقتين تطليقة) فثلاثة انصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير قال فخر الاسلام انما أورد يعني محمدا هذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد نصفته لا يكون الا نصفين فالقول بالثلاثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه أراد بهذه التسمية الطلاق يعني أراد ثلاث طلقات واستعمل في ذلك ثلاثة انصاف تطليقتين باعتبار ماذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات ومن الناس من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول يقع واحدة لان ذكر العدد كان لغوا فبقي قوله أنت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما أراد

أو مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ

(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا) لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا

(قوله ولو قال لها أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة) وقيل ينبغي أن لا تقع الثالثة لان في ايقاعها شكا لأن ثلاثة انصاف تطليقتين يحتمل ماذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا لان الطلقتين اذا انتصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منهما طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفا طلقتين ونصفنا كلا من طلقتين والثاني هو الموجب للاربعة الانصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لان الظاهر هو ان نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين (قوله ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل) وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي والعتابي وعرف منه انه لو قال نصفي تطليقة يقع واحدة (وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا) والثلاث كالجمع اختصارا للمتعاطفات فكأنه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل ان المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة اذ ليس للشيء الا نصفان فيقع ثنتان اتجه لان نصفها ونصفها أجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلاث لان النكرة اذا أعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فأوقع من كل تطليقة جزأ ولو زاد أجزاء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الاخير من أخرى وعلى هذا لو قيل يقع ثلاث اذا قال نصف طلقة وثلثاها وسبعة أثمانها لم يبعد الا ان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت أجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه أضاف الاجزاء الى واحدة نص عليه في المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشايخ ولو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين

لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا قال لها أنت طالق ثلاثة ارباع تطليقتين لم تطلق الاثنتين ولم ينقل وقد أوقع ثلاث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا وأجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح بين فان الاجزاء التي أوقعها هنالك وهي ثلاثة أرباع موجودة في التطليقتين لان ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلاثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكلام عن ظاهره وههنا الاجزاء التي أوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلاثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ماذكرنا (ولو قال أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع طلقتان) وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلاثة انصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلاثة لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزئة فيصير ثلاثة انصاف تطليقة ثلاث طلقات لا محالة

(قوله وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول فينبغي أن تكون المسئلة خلافية (قوله لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل الخ) أقول فيه انه لا يعقل كون ثلاثة انصاف جزأ لشيء الا أن يكتفي بجزئية النصف

(ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثنتين أومابين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث أومابين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا عند أبي حنيفة وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلاث) وقال زفر في الاولى لايقع شئ وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لاتدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط

وكذا مازاد الى ثمان فان زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلاثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ بين ولفظ الاشراك سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه شركها في كل تطليقة وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال أشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلاث بخلاف ما تقدم لان هناك لم يسبق وقوع شئ فينقسم الثلاث بينهن نصفين قسمة واحدة وهذا قد أوقع الثلاث على الاولى فلا يمكنه أن يرفع شيأ مما أوقع عليها باشراك الثانية وانما يمكنه أن يسوي الثانية بها بايقاع الثلاث عليها ولانه أوقع الثلاث على الاولى فكلامه في حق الثانية اشراك في كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات وهو يوجب ان كل تطليقة بينهما وقد ورد استفتاء فيمن قال لزوجته أنت طالق ثلاثا وقال لاخرى أشركتك فيما أوقعت عليها ولثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما وبعدان كتبنا تطلق الثلاث ثلاثا ثلاثا قلنا ان وقوعهن على الثالثة باعتبار انه أشركها في ست وفي المبسوط أيضا لو قال لامرأتين أنتما طالقتان ثلاثا ينوي ان الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيه فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلاثا وكذا لو قال لاربع أنتن طوالق ثلاثا ينوي ان الثلاث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلاثا (قوله أنت طالق من واحدة الى ثنتين أومابين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث أومابين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان) وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وقالا في الاولى وهي قوله من واحدة الى ثنتين ومابين واحدة الى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة الى ثلاث ومابين واحدة الى ثلاث يقع ثلاث وقال زفر في الاولى لايقع شئ وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول الى في الصورتين فالاولى ما كان مدخول الى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلاثا ثم قال المصنف في قول زفر وهو القياس لان الغاية لاتدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط واعلم ان زفر لايدخل الحدين لا الاول ولا الثاني والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة الى وحتى لانها المنتهى فوجه ماذكر المصنف باستعمال الغاية في الحد أي الحد من الطرفين لايدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو البيع مثلا فلا يدخل الحدان فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية في وجه أبي حنيفة حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولي لان زفر انما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للاصمعي حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل أنت طالق مابين واحدة الى ثلاث فقال تطلق واحدة لان كلمة مابين لاتتناول الحدين وكذا من واحدة الى ثلاث لان الغاية لاتدخل تحت المغيا فألزمه في قول الرجل كم سنك فقال من ستين الى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون ايراد مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل اعماله ليبين انه غير متروك الظاهر لاالقياس عليها والحاصل ان ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا أصل القياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى أبي حنيفة مانسب الى الاصمعي غير انه قال له في الالزام كم سنك فقال له زفر مابين ستين الى سبعين فقال له أبو حنيفة سنك اذا تسع سنين وهذا بعيد اذ يبعد ان يجيب فيما بين واحدة الى

ثلاث

قال (ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثنتين) اذا طلقها مشتملا كلامه على الغايتين فاما أن تدخل الغايتان وهو قولهما أو لاتدخلا وهو قول زفر أو يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبي حنيفة والقسم الرابع وهو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به أحد وجه قول زفر ان غاية الشئ لاتدخل فيه والا لم يكن غاية كما في المحسوسات كقوله بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض وروى ان أبا حنيفة حجه حيث قال له كم سنك فقال مابين ستين الى سبعين فقال له اذن أنت ابن تسع سنين فتحير وروى فخر الاسلام ان الاصمعي هو الذي حجه على باب الرشيد قال له ماتقول فيمن قال لامرأته أنت طالق مابين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة مابين لاتتناول الحدين فقال له ماتقول في رجل قيل له كم سنك فقال مابين ستين الى سبعين يكون ابن تسع سنين فتحير زفر واستحسن في مثل هذا ويلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لايقع شئ وقيل يقع واحدة لانه لما جعل الشئ الواحد حدا ومحدودا لغا آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي أنت طالق

(قوله لغا آخر كلامه) أقول يعني قوله من واحدة الى واحدة

ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين أو ما بين ستين الى سبعين و يريدون ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل أو الاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين وأجيب بأنه يتمشى فيه أيضا لان الاكثر فيه الثلاث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر الثنتان وليس بشئ لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام في الاكثر في الطلاق وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه وأقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة الى ثلاث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا يسقط الاعتراض وقوله (وارادة الكل) جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر

قوله (وأجيب بأنه يتمشى الى قوله والاقل من الاكثر ثنتان) أقول فيلزم أن يقع الثنتان عند قوله من واحد الى اثنتين عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك (قوله وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه) أقول لانسلم ذلك ألا يرى انه لو قال من واحدة الى عشر يقع ثنتان عند أبي حنيفة رحمه الله والمسئلة في شرح الكنز للزيلعي وفتح القدير (قوله وأقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد الخ) أقول فيه بحث فانه اذا تخلل بينهما شئ يراد الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل فلا وجه للتخصيص الذي ذكره الشارح ولا يلائمه قول المصنف فانهم يقولون سني من ستين فليتأمل (قوله معناه اذا لم يكن بينهما ذلك) أقول لابد لذلك من دليل ولم يذكر من طرف أبي حنيفة رحمه الله

وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله أن المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين و يريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكر اذ الاصل في الطلاق هو الحظر

ثلاث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون أن يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الالزام حينئذ الا وقد أعد جوابه فلم يكن بحيث ينقطع على انه روى انه قال عند الزام الاصمعي استحسن في مثل هذا والذي يتبادر في وجه استحسانه ان في قول الرجل سني ما بين الستين الى السبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا عرف في الطلاق اذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره وقد قيل من طرفه غير هذا وهو ان ما بين العددين المذكورين أكثر من ستين فكيف يكون تسعة وهذا بناء على ان ما بين ستين وسبعين احد وستون واثنان وستون الى تسع وستين لا واحدة الى تسعة وانما يصح اذا لم يعتبر الحد الاول خارجا عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا والظاهر انه خارج وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صريح فيه والاوجه ما ذكرناه والله أعلم (قوله وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل) كقول الرجل خذ من مالي من عشرة الى مائة وبع عبدي بما بين مائة الى ألف وكل من الملح الى الحلو له أخذ المائة والبيع بألف وأكل الحلو (قوله ولابي حنيفة ان المراد في العرف الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل) ولا يخفى ان المراد أن ذلك انما هو اذا كان بين الحدين متخلل فانه لا يتحقق في نحو من درهم الى درهمين ارادة مجموع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ففي نحو طالق من واحدة الى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب اعمال طالق فيقع واحدة ولا يعترض بانه لا يتأتى في من واحدة الى ثنتين لانه لم يذكر الا ما يصدق عليه ولم يدع انه جار في غيره ليعترض بانه لم يصدق في عدم متخلل مع أنه مسوق لنفي قولهما يجب الاكثر والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قول زفر الا أنهما أطلقا فيه وأبو حنيفة يقول انما وقع كذلك فيما مرجعه اباحة كالمثل المذكورة اما ما أصله الحظر حتى لا يباح الا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان الغاية الاولى لا بد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية في صورة ايقاعها وهي صورة من واحدة الى ثلاث اذ لا ثانية بلا أولى ووجود الطلاق عين وقوعه بخلاف الغاية الثانية وهي ثلاث في هذه الصورة فانه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة أما صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها لانها انما دخلت ضرورة ايقاع الثانية وهو منتف وايقاع الواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان و يقع بطالق وهذا كما صحح في قوله من واحدة الى واحدة انه يقع واحدة عند زفر خلافا لما قيل لا يقع عنده شئ لعدم التخلل ووجه بانه يلغو قوله من واحدة الى واحدة لامتناع كون الواحد مبدأ للغاية ومنتهى و يقع

وقوله (ثم الغاية الاولى) جواب عن قول زفر ووجهه ان القياس أن لا تدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولى لابد أن تكون موجودة لانه أوقع الثانيـة ولا يصح الا بعد وجود ما يترتب عليـه الثانية ووجودها بوقوعها وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قوله كما لو قال بعتك من هـذا الحائط ووجـه ذلك انه قياس فاسـد لان الغاية في المقيس عليـه موجودة قبـل جعلها غاية فـلا ضرورة في ادخالها وأما في صورة النـزاع فانها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانيـة ووجودها بوقوعها والحاصـل انا لم نقـل بان الغاية داخلة وانما قلنا انه لابد من وجودها لضرورة الثانية ونوقض بما لو قال أنت طالق تطليقة ثانيـة لم يقع الا واحدة ولم يضـطر فيـه الى الاولى لوقوع الثانيـة وأجيب بأن قوله ثانيـة صار لغوا بخلاف قوله من واحـدة الى ثلاث فانه كلام معتـبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقـق ذلك الا بعـد وقـوع الاولى ولو نوى في قوله من واحـدة الى ثلاث أو ما بين واحـدة الى ثلاث واشباههما واحدة صدق ديانة لانه محتمـل كلامـه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثـل هـذا الكلام يراد به الاكـثر من الاقـل والاقل من الاكثر

ثم الغاية الاولى لابد أن تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

بطالق واحدة كذا هنا يجب أن يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة وأوردا اذا قيل طالق ثانية لا يقع الا واحـدة أجيب بأن ثانية لغو فيقع بانت طالق واحدة بخـلاف قوله هنا من واحدة الى ثلاث فانه كلام معتـبر في ايقاع الثانيـة فـلا يتحقق ذلك الا بعـد ايقاع الاولى فان قيل لفظ ما بين هذا وهذا يستدعي وجود الامرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثلاث والجواب ان ذلك في المحسوسات اما ما نحن فيه من الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا ففي من الستين الى السبعين يصدق اذا لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد مخطئا في التكلم به لافادة ذلك القـدر بقي أن يقال ان هـذا ان انتهض عليهما لا ينتهض على زفر لما تقـدم انه يقال من طرفه لا عرف في الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان ما بين انما يتناول الثانيـة لا من حيث هي ثانيـة الواقـع بل من حيث هي ما بين الواحـدة والثـلاث فلا احتيـاج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانيـة في من واحدة الى ثلاث ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتبار مؤدى أجزاء لفظه وهي لا توجب الادخول ما بين الحـدين ولا مخلص الا بادعاء ان العـرف أفاد ان مثله يراد به ذلك في أي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر (قوله بخلاف) جواب عن قياس زفر على مسـئلة من هـذا الحائط الى هذا الحائط بالفرق بان التطليقة الثانية واقعة ولا وجود لها الا بوقوع الاولى فوقعت ضرورة بخـلاف الغاية في البيع فانها لم تدع ضرورة الى ادخالها في المغيا فبقيت الغايتان خارجتين وأنت علمت ان الاستدلال على الاقوال الثلاثة ليس الا بقضية اللفظ ومسـئلة البيع لا تظهر ان اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول أبي حنيفة ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى آخره فاقتضى في من واحدة الى ثلاث وقوع ثنتين لانهما الاكثر من الاقل والاقـل من الاكثر فلزم وقوع الاولى بخـلاف بعت من هـذا الحائط الى هـذا الحائط لان التعارف انما وقع في الاعداد نحو من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ونحوه فبقي اللفظ في غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولهما فان العرف أعطى ان قضيته عدم وقوع الثانية ﴿فرعان﴾ لو قال من واحدة الى عشرة يقع ثنتان عند أبي حنيفة وقيل يقع ثـلاث لان اللفظ معتـبر في الطلاق حـتى لو قالت طلقـني ستا بألف وطلقها ثـلاثا وقعت الثـلاث بخمسمائة ولو قال ما بين واحدة وثلاث وقعت واحـدة نقل عن أبي يوسف بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الا ان كان فيه العرف الكائن في الغاية (قوله ولو نوى واحدة) أي في من واحدة الى ثلاث وفي ما بين واحدة الى ثلاث اذا كان فيه عرف الغاية (قوله لانه خلاف الظاهر) وفيه تخفيف عليه

(قوله ولا بد مـن وجودها الخ) أقـول اذا كانت الطلقة الاولى موجودة قبل هذا الكلام ينبغي أن يقع بهذا الكلام واحدة عنده (قـوله وأجيب بأن قـوله ثانية صار لغوا الخ) أقول لم لا تثبت الطلقـة الاولى اقتضاء ويلغو كلام العاقل ينبغي أن يتأمـل فيـه ولعل وجهه صون فعله عن الكراهـة فان ايقاع الطلقتين معا مكروه كما سبق وسيجيء نظيره في رأس الورقة الثانيـة وتفصيله ان صون كلامـه عن الالغاء وصون فعـله عن الكراهـة تعارضا فبـقي الاصـل وهو عدم الاقتضاء (قوله في ايقاع الطلاق بالاتفاق) أقول يعني منا ومن زفر (قوله ولو نوى في قوله من واحـدة الى ثنتين الخ) أقول فيـه بحث فانه اذا قال من واحـدة الى ثنتين أو ما بين واحـدة الى ثنتين تقع واحدة عند أبي حنيفة رحمـه الله قضاء وديانة فما وجه هذا الكلام ويجوز أن يقال مراده يصـدق عندهما وفي أشباههما يصـدق عنده وعندهما فليتأمل فان بيانه قول المصنف لما ذكرنا بما يأبى عن هذا

(ولوقال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب أولم تكن له نية فهى واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب) فيما بينهم ان واحدة فى ثنتين اثنان (ولنا ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لافى زيادة المضروب) لان الغرض به ازالة كسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة فى ثنتين واحدة ذات جزأين (وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها) كما لوقال أنت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة (فان نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث لانه يحتمله لان الواو للجمع والظرف يجمع المظروف) وقوله (ولو كانت غير مدخول بها) واضح (وان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث) سواء كانت مدخولا بها أولم تكن (لان كلمة فى تأتى بمعنى مع كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى) عند بعض أهل التأويل وهذا لان أحد العددين لايصلح أن يكون ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعيرله (ولونوى الظرف تقع واحدة) لان الطلاق معنى فهى لايصلح أن يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثانى (ولوقال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب) والضرب تضعيف أحد العددين بقدر ما فى العدد الآخر كالاربعة فى الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة أربع مرات (فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لان قضيته أن تكون أربعا بعرف الحساب (لكن لامزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على مابيناه) يعنى فى قوله ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لافى زيادة المضروب

(ولوقال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب أولم تكن له نية فهى واحدة) وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب أثره فى تكثير الاجزاء لافى زيادة المضروب وتكثير أجزاء الطلقة لايوجب تعددها (فان نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث) لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما فى قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لان كلمة فى تأتى بمعنى مع كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى ولونوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لايصلح ظرفا فيلغو ذكر الثانى (ولو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لان قضيته أن تكون أربعا لكن لامزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على مابيناه

(قوله ولوقال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب) عالما بعرف الحساب (فهى واحدة) ففيما اذا لم تكن له نية أولى أن تقع واحدة وقال زفر والحسن بن زياد يقع ثنتان بعرف الحساب وهو قول مالك والشافعى فى وجه اذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب فلو كان ممن يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا وبه قال أحمد وعندنا يقع واحدة بكل حال وجه قول زفر ان عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر فقوله واحدة فى ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين مرة وثنتين فى ثنتين ثنتين مرتين فكأنه قال طالق أربعا فيقع الثلاث فالالزام بانه لو كان كذلك لم يبق فقير فى الدنيا لامعنى له أصلا لان ضربه درهمه مثلا فى مائة ألف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندى درهم فى مائة فهو كذب وان كان على الانشاء كجعلته فى مائة لايمكن لانه لايجعل بقوله ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشئ (قوله أثره فى تكثير المضروب لافى زيادة العدد) والطلقة التى جعل لها أجزاء كثيرة لاتزيد على طلقة ولايخفى ان هذا لامعنى له بعد قولنا ان عرف الحساب فى التركيب اللفظى كون أحد العددين مضعفا بعدد الآخر فان العرف لايمنع والفرض انه تكلم بعرفهم وارادة فصار كما لوأوقع بلغة أخرى فارسية أوغيرها وهو يدريها (قوله فان نوى واحدة وثنتين) بقوله واحدة فى ثنتين وهى مدخول بها وقعت ثلاثة لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لوقال لها أنت طالق واحدة وثنتين وان نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها كما لوقال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين وارادة معنى لفظة مع بها ثابت كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى وفى الكشاف ان المراد فى جملة عبادى وقيل فى أجساد عبادى ويؤيده قراءة فى عبدى فهى على حقيقتها على هذا ولايخفى ان تأويلها مع عبادى ينبوعنه وادخلى جنتى فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالاوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ويتجاوز عن سيآتهم فى أصحاب الجنة وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله فى الاقرار بان قال له على عشرة فى عشرة وادعى الخصم الجميع أى مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضى انه ما أراد الجميع أما لو أراد معنى الظرف لغا ولم يقع الا المذكور أولا ففى

قال المصنف (كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى) أقول أنت خبير بأنه لامنع هنا عن حمل فى على الظرفية بل هى الظاهرة قال ابن الهمام ولايخفى ان تأويله مع ينبوعنه وادخلى جنتى فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالاوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ونتجاوز عن سيآتهم فى أصحاب الجنة انتهى

(ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة يملك الرجعة وقال زفر هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) والطول يستعمل فى القوة وقوة الشئ انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك فى البائن دون الرجعى فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال أنت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده فكيف صح تعليله بالطول أجيب بأنه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية أقوى من التصريح لكونها دعوى الشئ ببينة وموضعه علم البيان وأقول هذه خطابة لا تكاد تنهض فى مقام الاستدلال وقيل يجوز أن يكون عنده فى هذه المسئلة روايتان وهذا أقرب (وقلنا الابل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع فى الاماكن كلها) فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ماوراءه (ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد وكذا لو قال أنت طالق فى الدار لان الطلاق لا يختص بمكان دون آخر)

قال المصنف (لانه وصف الطلاق بالطول) أقول قال الزيلعى لا يقال انه لو صرح بالطول لا يكون بائنا عنده فكيف يمكن ايقاع البائن عنده بهذا القول لانا نقول الكناية أقوى من الصريح فجاز أن يختلف ألا يرى ان قولهم فلان كثير الرماد أبلغ فى الوصف بالكرم من قولهم جواد ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن تقع به البينونة عنده بخلاف ما اذا وصفه بالطول لانه لا يستعظم بما تقدم ذكره فى الكافى وجائز أن يكون له روايتان وفى الغاية يحتمل أن يستفاد من قوله من ههنا الى الشام وجوده المبالغة فى الطول أى بالطول الكثير فحذفت الصفة كقوله تعالى يأخذ كل سفينة غصبا أى كل سفينة صحيحة أو صالحة أو سليمة انتهى وفى قول صاحب الكافى ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض بحث لان العرض غير مذكور فى دليله على ما ذكر فى هذا الكتاب

(ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة يملك الرجعة) وقال زفر هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لابل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع فى الاماكن كلها (ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد وكذلك لو قال أنت طالق فى الدار) لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان

واحدة فى ثنتين واحدة وفى ثنتين فى ثنتين ثنتان اتفاقا لان الطلاق لا يصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثانى (قوله ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة رجعية وقال زفر بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) وأورد عليه انه لو قال طالق طلقة طويلة أو عريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البينونة هنا بالطول أجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحا فيوقع به الرجعى وكناية فيوقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية أبلغ منه بالصريح كما فى كثير الرماد لانه أبلغ من جواد لانه اثبات الجود له ببينة أعنى كثرة الرماد وانه تعليل على مذهبنا الزاما كأنه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحا بأن قال طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا كناية بالاولى لما قلنا وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية فى صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكاة مع ان الزكاة لا تسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك أو ان عنه فى المسئلة روايتين كما جوزه فى الكافى لان بعض المشايخ قال فى دليله لانه وصفه بالطول ولو قال أنت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن لا تحصل البينونة عنده بأحدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكأنه قال كالجبل لكن مقتضى هذا أن لا يقتصر على قوله لانه وصفها بالطول بل يقول لانه وصفها بالطول والعرض (قوله قلنا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع فى كل الدنيا وفى السموات) ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعى وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها الى مكان وهو لا يحتمل ذلك أصلا فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة وقال التمرتاشى انه انما مد المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال ولا يصلح صاحب الحال فى التركيب الا الضمير فى طالق (قوله ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة طلقت فى الحال) وكذا فى الدار وان لم يكن فى مكة ولا الدار وكذا فى الظل والشمس والثوب كالمكان فلو قال طالق فى ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال أنت طالق وأنت مريضة وان قال عنيت اذا لبست واذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة أو فى مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء (قوله لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان) المعنى ان الطلاق لا يتصور أن يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق المعنى برفع القيد الشرعى معدوم فى الحال وقد جعل الشارع لمن له التخلص بلفظ وضعه تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود أمر معدوم حتى اذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعا شرعيا لا لزوما عقليا والزمان والافعال هما الصالحان لذلك لان كلا منهما معدوم فى الحال ثم يوجد أو قد يوجد فتعينا للتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذى هو عين ثابتة فلا يتصور الاناطة به ولو أناط به قبل وجوده فالمناط انما هو

وقوله (وان عنى به) ظاهر وقوله (عند تعذر الظرفية) انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على أن يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقاربة أى لمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قال شمس الائمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط

وان عنى به اذا أتيت مكة يصدق ديانة لاقضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر وكذا اذا قال أنت طالق وأنت مريضة وان نوى ان مرضت لم يدين فى القضاء (ولو قال أنت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة) لانه علقه بالدخول ولو قال أنت طالق فى دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

﴿فصل﴾ فى اضافة الطلاق الى الزمان (ولو قال أنت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر) لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد وذلك بوقوعه فى أول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لاقضاء لانه نوى التخصيص فى العموم وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر

وجوده أو فعل الفاعل له فكان الصالح لتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان فى الاضافة والتعليق يكون مستقبلا أما الحال فانما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق وأما اضافته الى ماض خال عنه فليس فى وسعه فيلغو ويصير أنت طالق فيقع به فى الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لان الفعل لا يمكن ان يوجد بمجرد وجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك فى أثره الشرعى لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا يمكن اعتباره شرعا فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال فى دخولك الدار أو مكة تعلق بالفعل) أى بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداة الشرط لمقاربة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه أعنى الظرف وكذا اذا قال فى لبسك أو فى ذهابك وقد بيناوجه صلاحية الفعل لذلك ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلا اختياريا أو غيره حتى لو قال فى مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصلى

﴿فصل فى اضافة الطلاق الى الزمان﴾ ذكر فى باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الايقاع أى ما به الايقاع على ما قدمناه الى مضاف وموصوف ومشبه وغيره معلق عدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا والكل تحت الصنف الذى هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه وقطعية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجدها تترتب على العلم بأحوال شئ أو أشياء من جهة خاصة فوضعه ليبحث عن أحواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلى فصار صنفا وقيل للواضع صنف العلم أى جعله صنفا فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وان صح أيضا فيهم وعلم بما ذكرنا انها تتباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيد بكل منها النوع وان ماذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب (قوله ولو قال أنت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد) لان جميعه هو مسمى الغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لانه خلاف الظاهر (وقوله لانه نوى التخصيص فى العموم) تنزيل للاجزاء

﴿فصل فى اضافة الطلاق الى الزمان﴾ ذكرههنا فصولا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه اضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط (ولو قال أنت طالق غدا) على ماذكره فى الكتاب واضح وقوله (نوى التخصيص فى العموم وهو) أى العموم (يحتمل التخصيص) فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة (لكنه مخالف للظاهر) لان الغد اسم لجميع أجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولقائل أن يقول العام ما يتناول أفرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر فهو من أجزائه لا من أفراده وحينئذ لا يكون نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة

﴿فصل فى اضافة الطلاق﴾ قال المصنف (لانه نوى التخصيص فى العموم) أقول فيه تجوز والمراد نوى الجزء من الكل فنزل الاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غدا نكرة فى سياق الاثبات فلا تعم (قوله لان الغد اسم لجميع أجزاء النهار) أقول وهذا لا يوافق كلام المصنف والموافق له أن يقول اسم لجميع أجزاء اليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس كما قاله الاتقانى

(ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذى تفوه به) فيقع فى الاول فى اليوم وفى الثانى فى الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثانى فى الفصلين

منزلة الافراد والا فلفظ غدا نكرة فى الاثبات فليس من صيغ العموم (قوله ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يقع فى أول الوقتين الذى تفوه به) أما الاول فلأنه نجزه فلا يرجع متأخرا الى وقت فى المستقبل وأورد عليه انه لم يعتبر لاضافة أخرى لا لاضافة عين ما نجز والجواب ان اعتبار كلامه ايقاعا للحاجة وهى مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة أخرى تجب لمراعاتها وقوع أخرى بخلاف ما اذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك حتى لو كانت بالعطف بان قال أنت طالق اليوم وغدا أو أول النهار وآخره لا يقع الا واحدة لانها طالق فى الغد وآخر النهار بطلاقها فى اليوم وأول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم اذا جاء غد فانها لا تطلق الا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الاول بالآخر فلم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز فظهر انه مضاف لا انه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بأن طالق اليوم ايقاع فى الحال واذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار أحدهما للتنافى واعتبار المعلق أولى لان فى اعتباره الغاء كلمة واحدة وهى لفظة اليوم وفى اعتبار المنجز الغاء كلمات وهى قوله اذا جاء غد لانه لم يقع الفرق فى الجوابين بأنه لم يتوقف فلم يكن تنجيزا مع اتصال المغير الشرطى ولم يتوقف فكان تنجيزا مع اتصال المغير الاضافى فان قيل لم لم يجعل الثانى ناسخا أجيب بأن النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول وثبوته وقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك وتأخيره وأما الثانى وهو قوله طالق غدا اليوم فلأنه وقع مستقيما مضافا وبعد ما صح مضافا الى غد لا يكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تطليقة أخرى وانما وصفها بتطليقة واحدة لانها لزمت اضافتها الى الغد فلزم الغاء اللفظ الثانى ضرورة ولا يمكن جعله ناسخا للاول لان النسخ انما يكون بكلام مستبد فى نفسه متراخ وهو منتف هنا فان قلت فما وجوه المسئلة اذا وسطت الواو فالجواب اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغدا أو فى ليلك ونهارك وهو فى الليل أو قلبه وهو فى النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لانها بطلاقها فى أول الوقتين تكون طالقا فى آخرهما ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلا نية فان نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك وان قدم المتأخر كطالق غدا واليوم أو فى نهارك وليلك وهو فى الليل أو قلبه وهو فى النهار فعن زفر كذلك تقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافا صحيحا والواو فى عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقدير ما فى الاولى عما بعدها فصار الحاصل أنت طالق غدا وأنت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق كل يوم فعند زفر يقع ثلاث فى ثلاثة أيام لانه موقع فى كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا فى كل يوم يحصل بايقاعه فى هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه فى طالق غدا واليوم يقع واحدة مشكل لان كل يوم اما أن يتعين اليوم وغدا وبعد غد الى آخر الزمان فتقع واحدة أو قلبه غدا وما بعده واليوم فكذلك وكذا لو قال أنت طالق أبدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان يطلق كل يوم تطليقة أخرى صحت نيته وفى هذه المسئلة ما قدمناه من البحث أول كتاب الطلاق فى أنت طالق للسنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه ان صحة نية الثلاث اما باعتبار اضمار التطليق كأنه قال طالق كل يوم تطليقة أو باضمار فى كأنه قال فى كل يوم ولو قال فى كل يوم

(ولو قال أنت طالق اليوم غدا) ظاهر واعترض بانه لم لا يجعل غدا ظرفا لطلاق آخر وأجيب بأنه يحتاج الى تقدير أنت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه فى غير موضع الضرورة وفيه تطرلات صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم فى الصورة الثانية وهى قوله أنت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم أجيب بأن ايقاع الثانية فيها يفضى الى المكروه وهى ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها فيكون الثانى لغوا

(قوله أجيب بأن ايقاع الثانية فيها يفضى الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها الخ) أقول وهذا يجرى فى الصورة الاولى أيضا

(ولو قال أنت طالق فی غـد) علی ماذکره فی الکتاب ظاهر وقوله (علی ما بینا) اشارة الی قوله لانه نوی التخصیص فی العموم وهو یحتمله مخالفا للظاهر وقـد علمت ما فیه وقوله (ولابی حنیفـة انه نوی حقیقة کلامه) قیل فیه اشارة الی الجواب عن قولهـما مخالفا للظاهر وتقریره ان خلاف الظاهر انما لا یدین فی القضاء اذا لم تکن نیته مصادفة لحقیقة کلامه وهنا صادفتها فیدین قضاء ودیانة الا تری ان من حلف لا یتزوج النساء ونوی جمیع النساء صدق قضاء ودیانة وان کان مخالفا للظاهر لمصادفة نیته حقیقة کلامه وفیه نظر لان الحقیقة لا تحتاج الی النیـة وانما یحتاج الیها ما هو من محتمـلات کلامـه کالمجاز ویمکن أن یجاب عنه بعد معرفة أن فی غد لا یقتضی الاستیعاب وهو حقیقته وغـد یقتضیه وهو حقیقته بدلیل قوله تعالی انا لننصر رسلنا والذین آمنوا فی الحیاة الدنیا ویوم یقوم الاشهاد فانه لا استیعاب فیما فیه الحرف وهو ثابت فیما لا حرف فیه وبیانه ان الله تعالی ذکر نصرة الرسل والمرسـل الیهم فی الدنیا مقـرونة بحـرف فی وذکر نصرتهم فی الآخرة غـیر مقرونة بها فی هـذه الآیة لان نصرة الله اياهم فی الآخرة دائمـة وأما نصرتهم فی الدنیا فکانت تقع فی بعض الاوقات لانها دار الابتـلاء وکل ما هـو حقیقـة فی أحدهما فهو مجاز فی الآخر واذا عرف هـذا فیکون نیـة حقیقة الکلام من باب بیان التقریر وهو توکید الکلام بما یقطـع احتمـال المجاز فکان من الجائز قبل بیان نیته أن یکون مراده بقوله فی غد مجازه وهو الاستیعاب فلما بینها قطع احتمال المجاز وموضـعه أصول الفـقه وباقی کلامـه واضح بعـد معرفـة ما ذکرناه (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها الیوم لم یقع شیٔ لانه أسنده الی حالة معهودة) أی معلومة (منافیة لمالکیة الطلاق) لانها لم تکن فی ملکه فی ذلک الوقت الذی أضاف الیه الطلاق

(ولو قال أنت طالق فی غد وقال نویت آخر النهار دین فی القضاء عنـد أبی حنیفـة وقالا لا یدین فی القضاء خاصة) لانه وصفها بالطلاق فی جمیع الغـد فصار بمنزلة قوله غـدا علی ما بیناه ولهذا یقع فی أول جزء منه عند عـدم النیة وهذا لان حذف فی واثباته سواء لانه ظرف فی الحالین ولابی حنیفة انه نوی حقیقـة کلامه لان کلمة فی للظرف والظرفیة لا تقتضی الاستیعاب وتعین الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عین آخر النهار کان التعیین القصـدی أولی بالاعتبار من الضروری بخلاف قوله غدا لانه یقتضی الاستیعاب حیث وصـفها بهـذه الصـفة مضافا الی جمیع الغـد نظیره اذا قال والله لاصومن عمری ونظیر الاول والله لاصومن فی عمری وعلی هذین الدهر وفی الدهر (ولو قال أنت طالق أمس وقـد تزوجها الیوم لم یقع شیٔ) لانه أسنده الی حالة معهودة منافیـة لمالکیة الطلاق

طلقت ثلاثا فی کل یوم واحـدة وهو ما قاس علیه زفر وفرقوا بأن فی للظرف والزمان انما هو ظرف من حیث الوقوع فیلزم من کون کل یوم فیه وقوع تعدد الواقع بخلاف کون کل یوم فیه الاتصاف بالواقع (قوله ولو قال أنت طالق فی غـد وقال نویت آخر النهار صدق فی القضاء عند أبی حنیفـة وقالا لا یصدق فی القضاء خاصة) ویصدق فیما بینه وبین الله تعالی لهما انه وصـفها بالطلاق فی جمیع الغـد فصار کقوله طالق غـدا وفیه لا یصـدق فی نیته آخره ولهذا أی ولانه وصفها بالطلاق فی جمیع الغد یقع فی أول جزء منه اتفاقا عند عدم النیة وهذا وهو کون وصفها بالطلاق فی جمیع الغدا وصیرورته بمنزلة غدا لان حذف لفظـة فی مع ارادتها واثباتها سواء فاذا کان فی حـذفه یفید عموم الزمان ففی اثباته کذلک ولابی حنیفة ان ذکر لفظـة فی یفیـد وصـل متعلقها بجـزء من مـدخولها أعم من کونه متصـلا بجزء آخر أو کله أو لا وانما یعـرف خصوص أحـدهـما من خارج کما فی صمت فی یوم یعـرف الشمول وأکلت فی یوم یعرف عدمه لا مدلول اللفظ فاذا نوی جزأ من الزمان خاصا فقد نوی حقیقـة کلامه لان ذلک الجزء من أفراد المتواطئ بخـلاف ما اذا لم یذکر ووصل الفعل الیه بنفسه فان المفاد حینئذ عمومه للقطع من اللغـة بفهم الاستیعاب فی سرت فرسخا وبعدمه فی سرت فی فرسخ وصمت عمری وفی عمری فنیة جزء معین فیه خلاف الظاهر فلا یصدق قضاء ومثل قوله فی غد قوله فی شعبان مثلا فاذا قال طالق فی شعبان فان لم تکن له نیة طلقت حین تغیب الشمس من آخر یوم من رجب وان نوی آخر شعبان فهو علی الخلاف (قوله ولو قال أنت طالق أمس) أو فی الشهر الذی خرج (وقد تزوجها الیوم لم یقع شیٔ) باجماع الفـقهاء لانه أسـند الطلاق الی حالة معهودة منافیـة لمالکیة الطلاق فکان حاصـله انکار الطلاق

قال المصنف (وهـذا لان حذف فی الخ) أقول أی کونه وصفها بالطلاق فی جمیع الغد أو صیرورته بمنزلة غدا (قوله قیل فیـه اشارة الی الجواب عن قولهـما مخالفا للظاهر الخ) أقول الظاهر ان کونه خـلاف الظاهر غـیر مسلم عند أبی حنیفة رحمه الله قال المصنف (حیث وصـفها بهذه الصـفة) أقول تنبیه لیس بدلیل اذ لا ینکره الخصم فلا مصادرة (قوله فکان من الجائز قبل بیان نیته أن یکون مراده بقوله فی غـد مجازه وهو الاستیعاب) أقول اذا کان الاستیعاب معـنی مجازیا لفی غد ینبغی ان لا یتعین الجزء الاول اذا لم یکن له نیة فان المجاز یحتاج الی النیة کما لا یخفی

فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل أن أخلق ولانه يمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح أوعن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج (ولوتزوجها أول من أمس وقع الساعة) لانه ما أسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا فكان انشاء والانشاء فى الماضى انشاء فى الحال فيقع الساعة (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شئ) لانه أسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وأنا صبى أونائم أو يصح إخبارا على ماذكرنا

فيلغو فكان كقوله أنت طالق قبل ان أخلق ولانه حين تعذر تصحيحه انشاء أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح أى طالق أمس عن قيد النكاح اذ لم تنكحى بعد أوعن طلاق زوج كان لها آن كان بخلاف مالوقال للعينة أنت طالق أنت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر فى التركيب الايقاع والانشاء فلا يعدل عنه الالتعذره والصارف عنه الى محتمله وهو عدم صحة الانشاء منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الاولى إما بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشايخ أولبقائه متوقفا الى انقضاء العدة كقول المحققين ويشهد لهم انهم قالوا اذا قال كل امرأة لى طالق يقع على المطلقة الرجعية طلقة أخرى لبقاء المحلية فى المطلقة رجعية لقيام العدة بعود القيد لانه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها بخلاف مالوقال لامرأتيه احدا كما طالق احدا كما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الاخبار ثانيا أوالتأكيد الاأن يقصد التجديد لان الايقاع فى المنكر ليس غالبا ولا الداعى الى تكثير الطلقات من اللجاج والبغضاء بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجودا فيه لان تحقق ذلك فى المعينة لافى المنكرة ولو كان تزوجها أول من أمس وقع الساعة لانه ما أسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا لكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء فى الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا فى مسئلة الدور المنقولة عن متأخرى الشافعية وهى ان طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا بوقوع الطلاق وحكم أكثرهم انها لاتطلق بتنجيز طلاقها لانه لوتنجز وقع المعلق قبله ثلاثا ووقوع الثلاث سابقا على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال ونقول أيضا ان هذا تغيير لحكم اللغة لان الاجزية تنزل بعد الشرط أومعه لاقبله ولحكم العقل أيضا لان مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فبقى الطلاق جزاء للشرط غير مقيد بالقبلية ولحكم الشرع لان النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدى الى رفعها فيتفرع فى المسئلة المذكورة وقوع ثلاث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أوثلاثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو ولو كان قال ان طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك (قوله ولوقال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شئ لانه أسنده الى حالة منافية فصار كقوله اذا طلقتك وأنا صبى أونائم) أومجنون وكان جنونه معهودا فان لم يكن معهودا طلقت للحال لانه أقر بطلاقها وأسنده الى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله فى الاضافة (أو يصح إخبارا على ماذكرناه) من كونه إخبارا

(فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل أن أخلق) أوتخلق (ولانه أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح) فكأنه قال ما كنت أمس فى قيد نكاحى واذا أمكن ذلك صير اليه لكونه موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن فى قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور غير متصور لان المطلق ان بقوله (أوعن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج) فيكون تكرارا وأيضا قوله أنت طالق موضوع للاخبار لغة ولانسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوى يمنع المصير الى المفهوم الشرعى فان ذلك يفضى الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما أن قوله أنت طالق أمس لمن تزوجها اليوم إما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق أوهو محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوى انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعى اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا أفضى اليه منعه صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله (أوعن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج) يعنى ان هذه المرأة اما أن تكون مطلقة زوج آخر أولا فان كان الثانى جعل قوله أنت طالق أمس اخبارا عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج (ولوتزوجها اول من أمس وقع الساعة لانه ما أسنده الى حالة منافية) وهو واضح (ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا) وهذا على الوجه الاول واضح أيضا وأما على الوجه الثانى فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لغيره من الازواج وأما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه وقوله (ولوقال أنت طالق قبل ان أتزوجك) وما بعده واضح

(ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى مالم أطلقك وسكت طلقت) لانه أضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى مادمت حيا أي وقت الحياة (ولو قال أنت طالق ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح

عن عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم (قوله ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى مالم أطلقك وسكت طلقت) باتفاق العلماء لان متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان قال تعالى قاصا لكلام عيسى عليه السلام وأوصاني بالصلاة والزكاة مادمت حيا أي مدة دوامي حيا فصار حاصل المعنى اضافة طلاقها الى زمان خال عن طلاقها وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف اليه فيقع فلو قال موصولا أنت طالق بر حتى لو قال متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا ثم وصل قوله أنت طالق قال أصحابنا بر ووقعت واحدة وقال زفر ثلاث ولو قال أنت طالق كلما لم أطلقك وسكت وقعت الثلاث متتابعة لا جملة لانها تقتضي عموم الافراد لا عموم الاجتماع فان لم تكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط ولو قال حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك وان قال زمان لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة أشهر لان لم تقلب المضارع ماضيا مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع وحيث للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وكلمة لا للاستقبال غالبا فان لم تكن له نية لا يقع في الحال وانما يراد بحين ستة أشهر لانه أوسط استعمالاته اذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى تؤتي أكلها كل حين باذن ربها وأربعون سنة كما في قوله عز ذكره هل أتى على الانسان حين من الدهر والزمان كالحين لانهما سواء في الاستعمال (قوله ولو قال أنت طالق ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) باتفاق الفقهاء لان الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق الا باليأس عن الحياة لانه متى طلقها في عمره لم يصدق انه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو انه طلقها واليأس يكون في آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدره المتقدمون بل قالوا تطلق قبيل موته فان كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار والا لا ترثه وقوله وهو الشرط يعني العدم (قوله كما في ان لم آت البصرة) اعطاء نظير والمراد ان كل شرط بان منفي حكمه كذلك وهو أن لا يقع الطلاق أو العتاق اذا علق به الا بالموت لما ذكرنا وزاد قيدا حسنا في المبتغى بالغين المعجمة قال اذا قال لامرأته ان لم تخبريني بكذا فأنت طالق ثلاثا فهو على الابد اذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى ومن ثمة قالوا لو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال ان لم تدخلي البيت معي فأنت طالق فدخلت بعدما سكنت شهوته طلقت لان مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات (قوله وموتها بمنزلة موته هو الصحيح) احترز به عن رواية النوادر انها لا تطلق بموتها لانه قادر على أن يطلقها وانما عجز بموتها وصار كقوله ان لم أدخل الدار فأنت طالق يقع بموته لا بموتها وجه الظاهر ان الوجه السابق ينتظم موتها وموته بخلاف تلك المسئلة فان بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع أما الطلاق فانه يتحقق اليأس منه بموتها واذا حكمنا بوقوعه قبيل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبيل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما حكمنا بالبينونة وان كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لان الفرض ان الوقوع في آخر جزء لا يتجزأ فلم يله الا الموت وبه تبين

وقوله (كما في قوله ان لم آت البصرة) يعني كما اذا قال لها أنت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع اليأس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك هنا (وموتها بمنزلة موته) يعني يقع الطلاق بموتها قبيل موته أيضا وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على أن يطلقها مالم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبيل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله أنت طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو ان في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال

(ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) أقول اذا قال لها أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك فاما ان نوى شيأ أو لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع فى الحال وان نوى الشرط وقع فى آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل صحيحة وان كان الثانى فقد اختلف فيه العلماء قال أبو حنيفة لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حين سكت الزوج

لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدل لهما بقوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص فى أمر مترقب أى منتظر لامحالة وبقوله

واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب

لافادته فى أمر كائن فى الحال وأشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما الى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى بقوله (ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام) كما فى قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما فى ان (ولابى حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل) فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر فى نصيحة ابنه

(ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبى حنيفة وقالا تطلق حين سكت) لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم

واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب

فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما فى قوله متى شئت ولابى حنيفة أن كلمة اذا تستعمل فى الشرط أيضا قال قائلهم

(قوله ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبى حنيفة وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت ككلمة متى قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم) وهو ابن أحمر أو هرى بن ضمرة

(واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب)

يعنى أخاه الصغير وما قيل انه لعنترة العبسى خطأ عند أهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لعنترة أخ اسمه جندب أصلا وانما له أخ من أمه اسمه شيبوب ثم لم تكن أمه بحيث نوّا كل اياه شدادا حيسا لانها أبعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقبل البيت المذكور

هل فى القضية أن اذا استغنيتم * وأمنتم فانا البعيد الاجنب

واذا الشدائد بالشدائد مرة * أشجتكم فانا المحب الاقرب

واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب

هذا وجدكم الصغار بعينه * لا أم لى ان كان ذاك ولا أب

عجبا لتلك قضية واقامتى * فيكم على تلك القضية أعجب

واعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثانى ادعى و يدعى وأيضا تنظيره لهابمتى غير صحيح لانها لا تتمحض للوقت أبدا وهما مبنيان على ان قوله للوقت يعنى المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه بل المنقول لهما انه لا يسقط عنها معنى الوقت المجرد فى المجازاة فأورد الشاهدين لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لهما حاجة أن يبينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتهما فى اثبات الاجتماع ليكون دفعا ظاهرا لقول الكوفيين (قوله ولابى حنيفة انها تستعمل للشرط أيضا) يعنى الشرط المجرد عن معنى الظرفية والا لا يفيد وهذا مذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله * واذا تصبك خصاصة فتجمل * حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء واما على انها مجاز عنده فى الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ولذا صدقه القاضى فى دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الحلف على أن لا يشرب من دجلة حيث صرفاها الى الشرب بالآنية وكرعا لان المجاز هناك غالب واحتاج أبو حنيفة الى الفرق لانه جزم هناك انها بالمعنى الحقيقى لا هنا وفرقه ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه أعم من ذلك ومن الشرب اغترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك أى التيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضى الوقوع فى الحال وهو مناف لحكم المجاز

(قوله ولابى حنيفة رحمه الله ان كلمة اذا مشتركة الى قوله واستدل على ذلك بقول الشاعر الخ) أقول وفيه ان ما ذكره على تقدير تسليم صحته لا يدل على الاشتراك فانه يجوز أن يكون استعماله فى الآخر مجازا والحمل عليه أولى من الاشتراك على ما علم وسيجىء بعد سطور وانت

واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل

فان أريد به الشرط لم تطلق فى الحال وان أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال

وأنت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كيف فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع وأما كونها مجازا فى جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احدائه بناء على عدم اشتراط النقل فى آحاد المجاز فكونه كثر استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا أراد معنى الشرط أن لا يصدقه القاضى بل يصح ديانة لان الوجه عندهما ظهورها فى الظرف فمراده خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء والبيت المذكور له قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصى جبيلا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح أولها

أجبيل ان أباك كارب يومه * فاذا دعيت الى المكارم فاعجل
أوصيك ايصاء امرئ لك ناصح * ظن بريب الدهر غير معقل
الله فاتقه وأوف بنذره * واذا حلفت ممار يا فتحلل
والضيف تكرمه فان مبيته * حق ولا تك لعنة للنزل
واعلم بأن الضيف مخبر أهله * بمبيت ليلته وان لم يسئل
ودع القوارص للصديق وغيره * كى لا يروك من اللئام العزل
وصل المواصل ما صفالك وده * واحذر حبال الخائن المتبذل
واترك محل السوء لا تحلل به * واذا نبا بك منزل فتحول
دار الهوان لمن رآها داره * أفراحل عنها كمن لم يرحل
واستأن حلمك فى أمورك كلها * واذا عزمت على الندى فتوكل
واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل
واذا هممت بأمر شر فاتئد * واذا هممت بأمر خير فاعجل
واذا أتتك من العدو قوارص * فاقرص لذاك ولا تقل لم أفعل
واذا افتقرت فلا تكن متخشعا * ترجو الفواضل عند غير المفضل
واذا تشاجر فى فؤادك مرة * أمران فاعمد للأعف الأجمل
واذا لقيت القوم فاضرب فيهم * حتى يروك طلاء أجرب مهمل
واذا رأيت الباهشين الى الندا * غبرا أكفهم بقاع ممحل
فأعنهم وايسر بما يسروا به * واذا هم نزلوا بضنك فانزل

وقد استعمل الشاعر اذا فيها للشرط فى اثنى عشر موضعا بالجزم ودخول فاء الجزاء ومعقل من عقلت الناقة بالعقل يريد عقلى بريب الدهر غير ممنوع وتجمل أى أظهر جميلا ولا تظهر جزعا وقيل كل الجميل المجمول وهو الشحم المذاب وأين هذا من الاول فى التأديب وفى المنتقى لو قال اذا طلقتك فأنت طالق واذا لم أطلقك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها طلاقان لانه لما مات قبل التطليق حنث فى اليمين الثانية فيقع عليها طلاق وهذا الطلاق يصلح شرطا فى اليمين الاولى لانه وقع بكلام وجد بعد اليمين الاولى فحنث فى اليمينين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم أطلقك فأنت طالق واذا طلقتك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا فى اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا فى الثانية لانه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية فالشروط تراعى فى المستقبل لا الماضى ولم يذكر خلافا وانما هذا على قول أبى حنيفة أما على قولهما فيقعان بعد زمان يسير فى الاولى للوجه الاول بعينه وفى الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث فى قوله اذا لم أطلقك فأنت طالق وكذا لو لم

واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل

ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهى ليست موضع اذا فكانت بمعنى ان واستدل على جانب الظرفية اكتفاء بدلالتها واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة (فان أريد به الشرط لم تطلق فى الحال وان أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال

(قوله ووجه ذلك أن اصابة الخصاصة من الامور المترددة الخ) أقول فيه كلام قال المصنف (واذا تصبك خصاصة فتجمل أقول الجزم فى قوله تصبك يدل على أنه للشرط

بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لايخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار فى يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية البتة أما اذا نوى الوقت يقع فى الحال ولو نوى الشرط يقع فى آخر العمر لان اللفظ يحتملهما (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهى طالق بهذه التطليقة) معناه قال ذلك موصولا به والقياس أن يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا أن يجعل هذا القدر مستثنى

يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا طلقتك فأنت طالق زمان يوجد فيه تطليق فيقع قبل أن يفرغ منه وهذه ثلاث مسائل من الجامع الكبير أنت طالق اذا تزوجتك قبل أن أتزوجك وقلبه أنت طالق قبل أن أتزوجك اذا تزوجتك واذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك ففى الصورتين الاولين يقع عند التزوج اتفاقا وفى الثالثة كذلك عند أبى يوسف وعندهما لا يقع والاصل ان الطلاق اذا أضيف الى وقتين أحدهما يقبله والآخر لا صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقبل واذا ظرفان وقبل لا يقبل الطلاق واذا تقبله فأضيف اليها واهما فى الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء فى الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كأنه قال عند التزوج أنت طالق قبل أن أتزوجك فلا يقع أو لان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول وقوله (بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار فى يدها فلا يخرج بالشك) اعترض عليه بأن وقوع الشك فى الشرطية والظرفية يوجب وقوعه فى الحل والحرمة فى الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب أن تحرم تقديما للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا وأجيب بأن هذا متروك فى جميع صور التردد فى الامر فانه لو شك فى انتقاض طهارته جاز فيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلاة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا لا تترجح الحرمة وان كان مبنى الصلاة على الاحتياط لان الشك لا يوجب شيأ انما ذلك فى تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة أما ههنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك وهناك يقع العمل بالدليل والله سبحانه أعلم واعلم ان ما ذكره المصنف يشكل لانه سيذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية وحينئذ فمقتضى الوجه فى المشيئة أن على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض عراه وأما اذا عرفت بأن استفسر فقال أردت الزمان فيجب أن يصدق على قولهما ولا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال أردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وأما فى مسئلة الطلاق أعنى قوله أنت طالق اذا لم أطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق فى الشرط وفى الظرف لكون كل منهما من محتملاته مع ان فى الثانى تشديدا على نفسه (قوله ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهى طالق بهذه التطليقة) المنجزة فقط حتى لو كان قال أنت طالق ثلاثا مالم أطلقك أنت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلاث (معناه انه قال ذلك موصولا به) فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا (والقياس أن يقع المضاف أيضا فيقعان ان كانت مدخولا بها) فان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده (وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف) لان اليمين انما تعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا الا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان

بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لايخرج الامر من يدها وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والامر صار فى يدها فلا يخرج بالشك) وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت فلا يمكن أن يكون مخرجا للامر عن يدها والا لزم أن يكون الشئ الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه فى التقرير فليطلب ثمة (ولو قال لها أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق) واضح وأوله بقوله (موصولا) لانه اذا قال ذلك مفصولا وقعتا قياسا واستحسانا لانه واجد الزمان الخالى عن التطليق

أصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى (ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت) لان اليوم يذكر و يراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا أليق به و يذكر و يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد

(أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته) بر عندنا خلافا لزفر فالمراد بالاصل هنا النظير لا أصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر (قوله ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر و يراد به بياض النهار) وهو ظاهر (ويطلق و يراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره) والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا والافعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري نفسك يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها أو نهارا دخل الامر في يدها الى الغروب لانه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه الى أن يتعين خلافه كقولك أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لان ضرب المدة له لغو اذ لا يحتمله (والطلاق من هذا القبيل) فيقع ليلا تزوجها أو نهارا كذا في عامة النسخ وفي الاصل التزوج من هذا القبيل قيل كانه غلط والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولانه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء قال في الايمان لو قال يوم أكلم فلانا فامرأتي طالق فهو على الليل والنهار الى أن قال والكلام لا يمتد ولان ذكر الفعل انما يستقيم من غير تأويل في أتزوجك لا في أنت طالق ولان ذكر القران في قوله اذا قرن يدل على ارادة التزوج لا الطلاق لان مقارنته اليوم أقوى لانه على وجه الاضافة والمضاف مع المضاف اليه كشئ واحد انتهى والاصوب الاعتبار الاول أعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لان المقصود بذكر الظرف افادة وقوعه فيه بخلاف المضاف اليه فانه وان كان مظروفا أيضا لكنه لم يقصد بذكر ذلك الظرف بل انما ذكر المضاف اليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك ان اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف أهو الحقيقي أو المجازي أولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله الا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب أعني ما يكون به المعلق والمضاف اليه مما يمتد نحو أمرك بيدك يوم يسير فلان أو لا يمتد كأنت حر يوم يقدم وطالق يوم أتزوجك فعللوا بامتداد المضاف اليه وعدمه والمحققون ارتفعوا عن ذلك الايهام ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار و يشبه كونه وهما ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف اليه وهو ما يختلف فيه المعلق والمضاف اليه بالامتداد وعدمه كأنت حر يوم يسير فلان ﴿فروع﴾ قال أنت طالق الى شهر تطلق اذا انقضى شهر وأوقعه أبو يوسف للحال أو قبل قدوم زيد بشهر يقع اذا قدم زيد لشهر مقتصرا وقال زفر مستندا أو قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستندا عند أبي حنيفة وقالا مقتصرا على الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعند أبي حنيفة تعتبر من أول الشهر ولو كان وطئها في الشهر يصير مراجعا ان كان الطلاق رجعيا ولو كان ثلاثا أو وطئها في الشهر غرم العقر وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطء ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا وكذا اذا طلقها بائنا أو ثلاثا أو خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلاث والبائن

وقوله (واخواته) يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة (٦٩) وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل عنها لا يحنث وان كان اللبس القليل والركوب القليل بوجدان وقت الاشتغال بالنزع والنزول وقوله (ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فانت طالق) ههنا ثلاثة ألفاظ النهار والليل واليوم أما النهار فللبياض خاصة وأما الليل فللسواد خاصة وذلك حقيقتهما اللغوية وأما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة وعلى التقديرين لا يخلو من الظرفية فيرجح أحد معنييه على الآخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها لصحة أن يقال لبست يوما أو ركبت يوما أو سكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا أليق به وان كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت أو قدمت أو دخلت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف

(قوله فيرجح أحد معنييه الخ) أقول فيه ان هذا على تقدير الاشتراك

قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الامتحرفا لقتال الآية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان أونهارا وقوله (والطلاق من هذا القبيل) يعنى انه من قبيل ماليس يمتد فينتظم الليل والنهار يشير الى أنه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه لتميز المضاف بين سائر الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق أهل اللغة وكذلك اذا قيل عبدى حر اوامرأتى طالق يوم يقدم فلان وأمرك بيدك أواختارى يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امرأته بقدومه ليلا كان أونهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها بقدومه ليلا مع اتحاد المضاف اليه فيهما لامتداد المظروف فى الثانى دون الاول وفى اعتبار عامة المشايخ انما هو فيما لايختلف فيه الجواب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لايمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف فان قيل اعتبر المصنف المضاف اليه فى مسئلة يوم أكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد أجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ وحينئذ لايختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود (ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين فى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه) وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها

فهى

﴿فصل﴾ لما كانت اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها فى فصل على حدة وذكر فيه مسائل أخر متنوعة وكان حقها أن تذكر فى مسائل شتى (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق طلقت

والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين فى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لايتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة

﴿فصل﴾ (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوى الطلاق

ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الثلاث بالاستناد وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلاثا ولو مات زيد قبل تمام الشهر لاتطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها فى أثناء الشهر ثم وضعت حملها أولم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لايقع لعدم المحل اذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند كذا فى الجامع الكبير والاسرار هذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال أنت طالق قبل موتى أو قبل موتك بشهر عندهما لايقع شئ وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو قولهما بعد الموت وعنده يقع مستندا حتى اذا كان صحيحا فى ذلك الوقت لاترث منه وعليها العدة ثلاث حيض أما اذا مات قبل مضى تلك المدة لايقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق أو آخر عبد أملكه حر فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات أو ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضا فمن الثلث وفى الزوجة الاخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لاتلزمها العدة إذا لم يكن دخل بها ولاميراث لها وإن كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لابى حنيفة بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لايقتصر على المعرف كما لو قال إن كان فى الدار زيد فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت فى الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلا فأشبه سائر الشروط فى احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا وجود شهر قبل الموت لان الموت كائن لامحالة إلا أن الطلاق لايقع فى الحال لانا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وانه غير ثابت والموت يعرفه ففارق من هذا الوجه الشرط وأشبه الوقت فى قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر وقع أول شعبان اتفاقا ولو قال لهما أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت احداهما فاذا ماتت طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

﴿فصل﴾ فيه متفرقات من الايقاع لانه لم يقيد جهة البحث فى مسائله بعارض واحد (قوله ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقها ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوى الطلاق

(قوله يلحقه الوعيد ليلا كان الخ) أقول يعنى الفرار

﴿فصل﴾ ومن قال لامرأته

وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى) لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطء كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح (والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة) وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليه كما في الابانة والتحريم وقلنا لا نسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى انها الممنوعة عن التزوج والبروز سلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد (قوله ولهذا) أي لانها مملوكة (سميت منكوحة) أي لو أرادا عليها ملك النكاح (بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح اضافتهما الى الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها) قيل لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين لاتحدا في حق اضافة الابانة والحرمة اليهما واللازم باطل فكذا الملزوم فانه اذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال أنا بائن أو حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل

منك أو عليك وأجيب بأن هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره مادامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلابد من ذكر منك أو عليك تعيينا للجهة

فهي طالق وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها

فهي طالق وبقولنا قال أحمد وقال الشافعي ومالك يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى لان ملك النكاح أي الملك الذي توجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك حتى حل لكل منهما الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالته فيصح مضافا الى كل منهما وقوله وضع لازالتهما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضي عند أكثر أصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج الى نية كالاضافة اليها والمختار عندهم ان على الزوج حجرا من جهتها حتى انه لا ينكح أختها وأربعا سواها فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتيج الى نية ولا يخفى انه يندفع ما أورده على الاول بالنكتة الاخيرة اذ يقال تتميما للاول وانما احتاج الى نية في الاضافة اليه لانه غير متعارف (قوله ولنا) تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد فمحل الطلاق محلهما وهي محلهما دونه فالاضافة اليه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو بيان انها المحل انها هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه انما هو في المال كالمهر وهو بدل

قال المصنف (لان ملك النكاح مشترك) أقول أي الملك الذي توجبه النكاح قال المصنف (والطلاق وضع لازالتهما) أقول قال ابن الهمام الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه انتهى وفيه ان الظاهر انه راجع الى الملك والحل (قوله وكذلك النكاح) أقول أي ملك النكاح (قوله ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما الخ) أقول هذا لا يدل على الاشتراك الذي أراده فان المملوك كالمبيع يذكر في عقد البيع ولا اشتراك (قوله في عقد النكاح والطلاق) أقول قوله والطلاق تكرار لبعد العهد قال المصنف (ولنا ان الطلاق لازالة القيد) أقول كما ينبئ عنه لفظ الطلاق كما سبق ذلك في باب ايقاع الطلاق قال المصنف (وهو فيها دون الزوج) أقول قيل ان الزوج مقيد من جهتها أيضا حتى لا يتزوج أختها ولا أربعا سواها وجوابه مذكور في شرح الكنز للزيلعي ولك ان تقول لو كان الزوج مقيدا من جهتها لكان ازالته في يدها وليس كذلك مع انه كلام على السند على ما يعلم من كلام الشراح (قوله لان ملك النكاح له عليها الخ) أقول واذا كان الملك له عليها فرفعه يكون باضافته الى المملوك كما في الاعتاق فان العتق اذا أضيف الى المولى يلغو اجماعا (قوله ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد) أقول لعلها مغالطة فان المهر والنفقة في مقابلة ملك منافع بضعها فلو ملكت منافع الزوج أيضا لا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص واحد وموضع الغلط قوله في مقابلة النكاح فليتأمل والاولى أن يقال يلزم اجتماع المالكية والمملوكية وذا غير جائز كما يأتي نظيره بعد سطور

وقوله (ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء) ظاهر وقوله (ولا فرق بين المسئلتين) يعني بين قوله أنت طالق واحدة أو لا وبين قوله أنت طالق واحدة أو لا شيء في حق التشكيك في الايقاع أو في حق الوضع وقوله (ولو كان المذكور ههنا) أي في الجامع الصغير (قول الكل فعن محمد روايتان) لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في أنه لا يقع شيء فكان عند محمد أيضا لا يقع شيء ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية اذا قال أنت طالق واحدة أو لا شيء ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه وقوله (له) أي لمحمد (انه أدخل الشك) ظاهر

(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لانه أدخل الشك في أصل الايقاع فلا يقع ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد

ملكه لا مورترجع الى نفسها فهي المملوكة دونه ولهذا المالك هو المتزوج بالكتابية ولم تملكه هي بالكتابي والنفقة بدل احتباسه اياها والحل الذي يثبت لها تبع للحل الذي يثبت له فانه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق بل الحل أثره حسب ما حققناه في باب ايقاع الطلاق من انه المنع الشرعي الخ والثابت أثر النكاح ويرجع الى ما تقدم من ان الثابت تبعا هل يكون محلا للطلاق بخلاف الابانة لانها أي لفظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصحت اضافتها الى كل منهما عاملة بحقيقتها وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملا بحقيقته وسيأتي تمامه في الكنايات وأما حجره عن أختها وخامسة فليس موجب نكاحها بل حجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وخمس لا حكما للنكاح ولهذا لو تزوجها مع أختها معا أو ضم خمسا معا لا يجوز (قوله ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء) وكذا طالق أو غير طالق وطالق أو لا وبه قالت الائمة الاربعة قال المصنف هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد في كتاب الطلاق من المبسوط فيما اذا قال أنت طالق واحدة أو لا شيء أو ثلاثا أو لا شيء انما لا يقع عليها شيء عند أبي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية (ولا فرق بين المسئلتين) وهما طالق واحدة أو لا وواحدة أو لا شيء وخص الخلاف في الاصل بين أبي يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبي حنيفة لكن صاحب الاجناس نقل ذكره معه في الجرجانيات ولو كان المذكور هنا قول الكل بسبب انه لم يذكر خلافا فعن محمد روايتان والاوجه كون الروايتين في المسئلتين وذلك لانه صرح بخلاف قول محمد في مسئلة أو لا شيء فدل على وفاقه في هذه المسئلة وهي مسئلة أو لا واذ لا فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في أو لا شيء وخلافه هناك رواية في مسئلة أو لا (قوله له) أي لمحمد في ايقاعه به واحدة على هذه الرواية انه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق) يقع به واحدة (بخلاف قوله أنت طالق أو لا) أو طالق أو غير طالق فانه لا يقع به بالاتفاق (لانه أدخل الشك في أصل الايقاع ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (ان الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد) واستدل على هذا بآثار جاعية منها انه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف لغا ذكر الثلاث لانها حينئذ بانت بطالق لا الى عدة فلم تبق محلا لوقوع الزائد ومنها انه لو قال أنت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شيء ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل

قال المصنف (ولا فرق بين المسئلتين) أقول يعني به فرقا يثبت به حكم مخالف لحكم المسئلة الاخرى على ما هو مصطلح الفقهاء في لفظ الفرق (قوله قيل لو كان الزوجان في الابانة) أقول والظاهر أن يقال في الوصلة (قوله واما الزوج فله ملك على غيرها) أقول يعني على غيرها من النساء (قوله وقوله ولا فرق بين المسئلتين الى قوله في حق التشكيك) أقول ظاهره لا يلائم كلام محمد رحمه الله فان التشكيك عنده في تينك المسئلتين انما هو في العدد دون الايقاع الا أن يقال المراد وجودا وعدما (قوله وذلك يستلزم ورود الروايتين) أقول يعني في كل من المسئلتين قال المصنف (ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لانه أدخل الشك في أصل الايقاع) أقول كأنه لم يتلفظ بالعدد ولا يلزم منه أن يكون لمحمد خلاف في القاعدة القائلة ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد مطلقا على ما ظن بل خلافه فيما اذا ذكر كلمة الشك حيث يستلزم سقوط اعتبار العدد ولا يلزم الغاء كلام العاقل مطلقا فليتأمل ومنها

وقوله (ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (ان الوصف) يعني أنت طالق (متى قرن بالعدد) مثل أن يقول أنت طالق واحدة اواثنتين أوثلاثا (كان الوقوع بذكر العدد) واطلق العدد على الواحد مجازا من حيث انه أصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل في الواحد داخلا في الايقاع فكان نظير قوله أنت طالق أولا وهناك لايقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله (ألاترى) وهو واضح وقوله (على مامر)

ألاترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة على مامر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في أصل الايقاع فلا يقع شيء (ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء) لانه أضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولابد منهما (واذا ملك الرجل امرأته أو شقصا منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه وقعت الفرقة) للمنافاة بين الملكين أما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية وأما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح

ومنها مالو ماتت قبل العدد واحدة أوثلاث لم يقع شيء وقوله وهذا لان الواقع في الحقيقة هو المنعوت بالعدد وهو المحذوف) أي طالق تطليقة واحدة أو ثلاثا أو تطليقا ثلاثا كما قرره في أول الباب أما على الانشاء فلا وقد رجع المصنف الى طريقة الانشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسئلة أنت طالق أمس وقد تزوجها أول من أمس فارجع اليه والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ماذكرنا من المسائل الاجماعية الدالة على ان الواقع العدد عند ذكره لا الوصف (قوله ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء لانه أضاف الطلاق الى حالة منافية له) وهو موته وموتها لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولابد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها وانما كان حالة موت أحدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع الطلاق يستدعي حال استقراره أو المعنى على تعليقه بالموت وان كان حقيقة مع للقران ألا ترى انه لو قال أنت طالق مع دخولك الدار تطلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل (قوله واذا ملك الرجل امرأته أو شقصا منها) أي سهما بان كان تزوج أمة لغيره ثم اشتراها جميعها منه أو سهما منها أو وهبها أو ورثها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه بأن تزوجت الحرة عبد الغير ثم اشترته جميعه منه أو سهما منه أو وهبه لها أو ورثته (وقعت الفرقة) بينهما في الحال للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح أما في ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فيها وقد تقدم تقرير هذا في فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه وأما في ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري لان اثباته على الحرة لحاجة بقاء النسل فكان ملك النكاح في الاصل مع المنافي وهو حرية المملوكة للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الاقوى به فيرتفع الاضعف الضروري للاستغناء عنه وهذا ظاهر في ملك الامة كلها وأما في ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الحل لانه سببه احتياطا وهذا بخلاف المكاتب اذا اشترى زوجته لايقع بينهما فرقة لانه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لايمنع بقاء النكاح

أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد (وقوله فلا اجتماع بين المالكية والمملوكية) قد تقدم تقريره مستوفى وقوله (فلان ملك النكاح ضروري) بيانه أن ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فاذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي أن لاينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرأ عليه لا حل قوي ولا ضعيف أجيب بأن ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا

(قوله وقوله على مامر أراد بقوله كان الوقوع بذكر العدد) أقول والظاهر انه اشارة الى مامر في باب

(قوله بيانه الى قوله فاذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين الخ) أقول ولقائل أن يقول ثبوت ملك اليمين على الآدمي على خلاف القياس أيضا فانه خلق مالكا فالكبرى ممنوعة والحق أن مراد المصنف غير ماذكره فليتأمل ولو قال وهو على خلاف القياس لحاجة الناس لكان سالما (قوله فقام مقامه تيسيرا) أقول الاولى احتياطا

(ولواشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاءله مع المنافى لامن وجه) يعنى من حيث العدة لانها أثر من آثاره فلا يجب مع وجود المنافى والا لكان ملك النكاح باقيا من وجه (ولا من كل وجه) يعنى من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لامن وجه ولامن كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء وقيل لامن وجه يعنى اذا ملك الشقص ولامن كل وجه

يعنى اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافى وقوله (لاعدة هنالك) يعنى فى حق مولاها الذى كان زوجها أى لايظهر أثر عدتها بدليل حل وطئها وأما العدة فى نفسها فواجبة حتى انه لوأعتقها ليس لها أن تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها قال (واذا قال لها وهى أمة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق أو العتق) وهذا الكلام يحتاج الى بيان أنه تعليق مع عدم شئ من أداته وانه تعليق التطليق المذكور دون الطلاق وانه تعليق التطليق بالاعتاق أو العتق اما أنه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط مايكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور يعنى بقوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من المولى أمر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا وأما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرء انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه أمرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته وأشار الى ذلك

التعليق

(ولواشتراها ثم طلقها لم يقع شئ) لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاءله مع المنافى لامن وجه ولامن كل وجه وكذا اذا ملكته أوشقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لاعدة هنالك حتى حل وطؤها له (ولوقال لها وهى أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فأعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة) لانه علق التطليق بالاعتاق أو العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة

(قوله ولواشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاءله مع المنافى لامن وجه) كما فى ملك البعض (ولامن كل وجه) كما فى ملك الكل (وكذا اذا ملكته أوشقصا منه لايقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد يقع) وانما قلنا وعن محمد لانه لافرق بين الفصلين فى عدم الوقوع فى ظاهر الرواية والمنقول عن محمد فى هذا الفصل فى المنظومة من الوقوع فيما اذا أعتقته أما اذا لم تعتقه حتى طلقها لايقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لاعدة هنالك عليها يعنى منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين وظاهره انه يحل تزويجه اياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله فى الكافى قال لو زوجها سيدها الذى كان زوجها جاز ثم قال والصحيح انه لايجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لاتجب العدة عليها فى حق من اشتراها وفى حق غيره واجبة) وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل واذا عرفت هذا فعلى ماهو الصحيح ينبغى عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هنالك أيضا قائمة غير انها لاتظهر فى حقه وجه قول أبى يوسف ان الفرقة متى وقعت بسبب التنافى تخرج المرأة من ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من المحلية فاحتجنا الى اثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لايثبت المحلية ابتداء كما فى النكاح الفاسد واعلم ان شمس الائمة حكى فى المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما اذا ملكته بل اجراه فى الفصلين فانه ذكر مسئلة المهاجرة وهى ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهى فى العدة على قولهما لم يقع طلاقه فقال فى المبسوط وقيل هذا قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول أبى يوسف الآخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها وطلقها فى العدة لايقع طلاقه فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد وفى قول أبى يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعنى فأعتقته فحكى الخلاف فى الصورتين (قوله وان قال) أى الزوج لها (وهى أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الرجعة لانه علق التطليق) إذ هو السبب (حقيقة بالاعتاق أو العتق لان اللفظ) أعنى العتق (ينتظمهما) أى ينتظم الاعتاق الذى هو فعله والعتق الذى هو وصفها أثره ومعنى الانتظام ههنا صحة ارادة كل منهما به على البدل لاعلى الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقى والمعنى المجازى فى إطلاق واحد والاعتاق معنى مجازى للعتق من استعارة اسم الحكم للعلة وعلى هذا فاعماله فى لفظ إياك على اعتبار إرادة الفعل به اعمال المستعار للمصدر أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبنى كلامك زيدا وأما على التجوز الآخر وهو ان يراد العتق الذى هو أثر فمشكل لانه قاصر وانما يعمل فى المفعول المتعدى وجعل العامل العتق اسما للمصدر يرده الى الوجه الاول لانه يصير معبرا به عن الاعتاق فلم يكن

بقوله والمعلق به التطليق لان فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على أن الشرط عندنا يمنع علية العلة الى زمان وجوده كما عرف فى الاصول وأما انه تعليق التطليق بالاعتاق أو العتق فلما قال لان اللفظ ينتظمهما أى يتناولهما على سبيل البدل أما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما أن العتق لما لم يتصور فى غير القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته وأما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق أو العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق أو العتق يوجد بعده لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقى عليه شئ وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية وأجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين أحدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بمعنى الاعتاق فما وجه الشق الثانى من الترديد والثانى أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاق من قيل لها وهى أجنبية أنت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجهه النظر الى لفظة العتق ليتبين أثره فيما اذا قال لها أنت طالق مع عتقك فى عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة فى الكتاب وعن الثانى أن العدول عن معنى القران الذى هو حقيقة مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف فى ذلك تنجيزا أو تعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك

والمعلق به التطليق لان فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين بقى شئ وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخر كما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط

التعليق الا بالاعتاق فقط والوجه الثانى هو أن لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الاشكال المذكور فى الكافى لحافظ الدين والعجب مما نقل فى جوابه من قول من قال ليس بمشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من صحة الاجمال وأيضا كان الوجه ان يقول المصنف بالاعتاق والعتق بالواو لا بأو وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكر للمتأخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه بعده ونفى الريب عنه كما فى الآية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كانت حقيقتها خلافه فيصار اليه بموجب وقد تحقق وهو إناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجوده حكم هو معنى الشرط فلزم كون الاعتاق أو العتق شرطا للتطليق فان كان الاعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارنا للمتأخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق فأظهر هذا تقرير المصنف وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار فى الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل الوجه انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو ضد الرق ووجود أحد الضدين مستلزم زوال الضد الآخر ولا ينبنى زواله على وجود الآخر اذ لا يصح ان يقال وجد السكون فزالت الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود أحدهما يقترن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهى حالة زوال الرق فلا توجب التطليقتان حرمة غليظة فى الحرة فيملك الرجعة وهذا ينبنى على أحد القولين فى ان المعلول مع العلة يقترنان فى الخارج أو يتعقبها بلا فصل وعلى ان حالة الدخول فى الوجود كحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروج مع عن المقارنة وأطبق العقلاء على ان الشئ زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت ان المعنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه اذ ليس هو علة فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده وسنذكر ما عندنا فى العلة والمعلول وأورد على هذا ما لو قال لاجنبية أنت طالق مع نكاحك حيث يأتى فيه التقرير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها وأجيب بأنه لمانع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا لزم بذكر حروفه أعنى ان ونحوه بأن قال ان تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين ومرجع هذا الى انه انما يملك التعليق الصريح قبل النكاح بخلاف ما بعده وللقائل ان يقول الدليل انما قام على ملكه اليمين المضافة الى الملك فتعلق بما أوجب معناها كيفما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال فى الدراية هذا الجواب لم يتضح لى فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار

(واذا قال انا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد) حرمت حرمة غليظة (لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) كما في المسئلة المتقدمة واعلم أن دليل محمد على ماذكره في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بالعناية وأنا أذكره بتوضيح تبعا للمصنف قال (لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى) معنى يعني على وجه التعليق (حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى) فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية لحكمهما أيضا (والعتق يقارن الاعتاق لانه علته) والحكم لا يتأخر زمانا عن العلة عند المحققين سواء كانت العلة شرعية أو عقلية (أصله الاستطاعة مع الفعل) كما عرف (فيكون التطليق مقارنا للعتق) لان التطليق مقارن للاعتاق على ماذكرنا والاعتاق مقارن للعتق والطلاق يقارن العتق لما ذكرنا انه علته لا يتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله (فتطلق بعد العتق) فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده واذا كان العلتان والمعلولان معا فكما أن الاعتاق صادفها وهي أمة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة وظهر من هذا جميع ماذكره وقد ذكر لمحمد أيضا ان قوله أنت حرة أوجز من قوله أنت طالق ثنتين وهما أي الاعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم أوجزهما في الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب الا أن قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم أوجزهما والجمهور

(ولو قال اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) عليها لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ماقررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ماقال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه (قوله ولو قال أي لامرأته الامة اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) ولم يذكر الاختلاف على رواية أبي سليمن بل على رواية الشيخ أبي حفص ووجه هذه الرواية ان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط (والعتق يقارن الاعتاق لانه علته أصله الاستطاعة مع الفعل) الذي يقام بها فيقترنان في الخارج (فيكون التطليق الذي هو السبب مقارنا العتق المقارن للاعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى فانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ماقررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة) ثم رد المصنف قول محمد بقوله (والاوجه الى ماقال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان) أي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ماصادفها عليه العتق وهي أمة فتحرم وحقيقة محل الغلط في تقرير قول محمد من جعل العتق شرطا على مايعطيه قوله والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط يعني فلا ينعقد التطليق سببا الا عند وجود العتق المقارن للاعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الاعتاق فان كانت العلة مع المعلول يلزم ان عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والاعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسبما ينزل العتق وهي أمة فتحرم حرمة غليظة واذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات أخر أحدها انه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الاعتاق مندوبا فلتعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متأخرا نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتأخر فيه الى القبض للحظر وتوضيحه انه ينزل عند وجود الغد التطليق والاعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه في البين اعلم ان العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول فذهبت طائفة الى ان المعلول يعقبها بلا فصل

قال المصنف (فتطلق بعد العتق) أقول قيل أي معه كما ان المراد بقوله مع عتق مولاك ابالك أي بعد عتق مولاك أو المراد البعدية الذاتية فليتأمل

﴿فصل﴾ فى تشبيه الطلاق ووصفه (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث) لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم

والجمهور على انهما معا فى الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فأمكن فيها اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف نحو الاستطاعة مع الفعل لانها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقدمها والابقى الفعل بلا قدرة والذى نختاره التعقيب فى العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر فى الخارج غير انه لسرعة إعقابه مع قلة الزمن الى الغاية اذ كان آنيا لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما وهذا لان المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والا لم يكن مؤثرا والله أعلم وثانيها ان المعلق كالمرسل عند الشرط فكان المولى والزوج أرسلا عنده فيسبق وقوع الاوجز وأنت حرة أو جزمن أنت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما وثالثها لما تعلقا بشرط واحد طلقت زمن نزول الحرية فيصادفها حرة لاقترانهما وجودا ولان الملك كان ثابتا يقينا فلا يزول بالشك قلنا التعلق بشرط واحد يقتضى أن يصادفها على الحالة التى صادفها عليها العتق وهى الرق فتغلظ الحرمة بلا شك فبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشئ زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ماقبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضى قدر التكلم من الزمان بل بمجرد نزوله ينزل فى أول آن يعقبه لانه نزول حكم فبطل ماقبلهما ورفع الاثر فى البيع الفاسد لما أمكن وهو مطلوب شرعا أخر الى غاية يناسب التأخير اليها أعنى القبض الذى له شبه بالعقد على ما عرف فى الفصل الذى يلى باب المهر اما مانحن فيه فلو أمكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية يناسب اعتبار تأخير ثبوته اليها كما هو فى البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة فى تأخيره بل هو مخل بالاحتياط فبطل الاول

﴿فصل﴾ فى تشبيه الطلاق ووصفه (قوله ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث) طعن على محمد فى لفظ السبابة اذ الاسم الشرعى المسبحة وأجيب بان فى بعض النسخ السباحة وبانه ورد أيضا فى رواية ابن عباس رضى الله عنهما فى صفة طهوره صلى الله عليه وسلم أدخل السبابتين فى أذنيه كما قدمناه فى كتاب الطهارة وبأن الاعلام لا توجب تحقق معانيها فى مسمياتها وهذا منتف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعى الى الشنيع والدفع برواية ابن عباس بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ والا فقيل كون الاسم الشرعى المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تحامى ابن عباس عنه فالاولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها الى التصحيف وان كانت هى أيضا غلطا لغة من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال مبالغة فى فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح وأما سباح فانما هو من سبح فى الماء سباحة ثم شرع فى الوجه فقال (لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم) يعنى انظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى أما لفظا فلان التى يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معانى الاجزاء نحو أهكذا عرشك يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الاشارة وهذا هو المراد هنا وفى الحديث فقوله أنت طالق هكذا تشبيه بالعدد المشار اليه وهو العدد المفاد كميته بالاصابع المشار اليه بذا بخلاف كذا الكناية فانها لم تقصد فيها معانى الاجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس أو غيره كما فى الخبر يقال للعبد أتذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ثم مميز هذه ليس الا مايبين الجنس لا الكمية لانها وضعت لقصد ابهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما

﴿فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه﴾ ذكر وصف الطلاق بعد ذكر أصله وتنويعه فى فصل على حدة لكونه تابعا (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم) لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما

﴿فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه﴾ قال المصنف (اذا اقترنت بالعدد المبهم) أقول اعترض بأن الذى يكنى به عن العدد المبهم هو لفظ كذا لا هكذا والتفصيل فى شرح ابن الهمام ويؤيد ماذكره عنونة الفصل بقوله فى تشبيه الطلاق

قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار بقوله أنت طالق (واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة) وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول بها لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال أنت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه ألا ترى ان البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به

فليس هذا استعمالا عربيا وهذا هو غلط المعنى (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ) عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الابهام في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلاثين متفق عليه (وان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف) في الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة فالذي يثبت بالنية منه أن تكون الاصابع الثلاث منشورة فقط حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر وقيل ان أشار بظهورها بأن جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشرا عن ضم فبالمنشورة للعادة وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المصنف ولا يخفى ان قوله بالابهام والسبابة والوسطى ليس بقيد (قوله ولو لم يقل هكذا) يعني قال أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم وعرفت ان الصواب أن يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم (قوله واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك وأحمد لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله وهبتك على أن يثبت ملكك قبل القبض أو طالق على أن لا رجعة لي عليك ولنا أنه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة قبل الدخول في الحال وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من أن اسم الواحدة لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق أن لا رجعة تصريح بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل يلزم ضمنا ويرد عليه انه لو احتمل البينونة لصحت ارادتها بطالق وتقدم في ايقاع الطلاق عدم صحتها وأجيب بأن عمل النية في الملفوظ لا في غيره ولفظ بائن ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ الا توجيهه الى بعض محتملاته فاذا فرض اللفظ ذلك صح عمل النية فيه وقد فرض بطالق ذلك فتعمل فيه النية ولا تكون عاملة بلا لفظ بل ربما يعطى هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس كذلك وان قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة وبه علله المصنف هنالك ورد عليه أن تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب أن يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالق

(قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا) وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس قبض (فان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بثنتين فهي ثنتان) وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله بالسبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة وأجيب بانه جاء في الحديث السبابة روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فتوضأ فادخل اصبعيه السباحتين أذنيه فمسح بابهاميه ظاهر أذنيه وبالسباحتين باطن أذنيه رواه الطحاوي في شرح الآثار وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد وقوله (والاشارة تقع بالمنشورة منها) ظاهر وقوله (ولنا انه وصفه) أي وصف الطلاق (بما يحتمله ألا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به) ولو لم يكن من محتملاته لم يحصل به

(فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين) واعترض عليه بانه لو كان محتملا لها لجاز نيتها فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة اذا نوى وليس كذلك وأجيب بأن النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله أنت طالق تغير المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بأنه تسليم لدليل الخصم ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع وأجيب بأن الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ أقوى فى اعتبار الشرع من النية بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغير به مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا فالثلاثا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله (ومسئلة الرجعة ممنوعة) أى لا نسلم انه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة ولئن سلم فالفرق ان فى قوله ان لا رجعة تصريحا بنفى المشروع وفى مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا

فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع (وكذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة فى الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال أخبث الطلاق (أو أسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة) لان الرجعى هو السنى فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن أبى يوسف فى قوله أنت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى حالة حيض فلا بد من النية

لا وصف الطالق لكن ذلك منتف لانه اذا عناها وصفا للمرأة تقع ثنتان وهو ماذكره المصنف بقوله ولو عنى بأنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان على ان التركيب خبر بعد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو أمكن أن يقال الايقاع ببائن وصفا لها وطالق قرينته فاستغنى به عن النية فلم يحتج اليها كما يحتاج الى النية لو أفرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ثم بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معنى الرجعى كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة فى وصفها بالرجعية وكل كناية قرنت بطالق يجرى فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان (قوله وكذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على أنت طالق بائن فى الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيأ أو نوى ثنتين والثلاث بالنية ولو عنى بطالق واحدة وبأفحش الطلاق أخرى يقع ثنتان وانما وقع البائن لانه أى الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح فى الحال فى البائن ومؤجلا بالانقضاء فى الرجعى وأفعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فانه أفحش مما يثبت به مؤجلا أعنى الرجعى فصار كقوله بائن وكذا اذا قال أخبث الطلاق أو أسوأه أو أشره أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه وأطوله وأعرضه وأعظمه كلها مثل أفحشه وسنذكر جواب انه لم يقع ثلاث وكذا طلاق الشيطان أو طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لان الرجعى هو السنى فيكون البدعى وطلاق الشيطان هو البائن وفى عبارته تساهل اذ ليس الرجعى هو السنى بل أعم لانه لو طلقها فى الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن أبى يوسف فى قوله أنت طالق للبدعة لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى الحيض كما تكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال أقبح الطلاق فعند أبى يوسف

فيلزم منها نفى الرجعة ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا أفاده شيخ شيخى العلامة وقوله (فتقع واحدة بائنة) يعنى فيما اذا قال أنت طالق بائن (اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل) أى فى باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا وقوله (تطليقتان بائنتان) يعنى عندنا وقياس قول الشافعى تطليقتان رجعيتان وقوله (لان هذا الوصف) يعنى قوله بائن أو البتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول أنت بائن أو أنت البتة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى بتة تطليقة أخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله أنت طالق أنت بائن وكان ينبغى أن يكون أحدهما رجعيا عملا بقوله أنت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثانى يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا صار الثانى بائنا وهذا يشير الى أن الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثانى بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى أن الاول يقع رجعيا فان أراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان أراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح وقوله (وكذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على قوله أنت طالق بائن فى الاحكام الاربعة وهى قوله فتقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين ولو نوى الثلاث فثلاث ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله أفحش الطلاق واحدة أخرى يقع تطليقتان

قوله (وأجيب بأن الفرق الى قوله بدليل انه لو قال أنت طالق الخ) أقول هذا مبنى على بقاء قوله أنت طالق على خبريته كما قاله البعض قوله (وهذا يشير الى أن الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا الخ) أقول وفيه بحث والظاهر ان اطلاق البائن عليه من باب التغليب ووجه المجاز عدم ظهور أثر الرجعى

وعن محمد انه اذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق فى حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك (وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان تشبيها به فى توحده (ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهى واحدة بائنة الا أن ينوى ثلاثا) أما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض أما الرجعى فيحتمله وانما تصح نية الثلاث لذكره المصدر وأما الثانى فلانه قد يراد بهذا التشبيه فى القوة تارة وفى العدد أخرى يقال هو كألف رجل ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت أقلهما وعن محمد انه يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فصار كما اذا قال أنت طالق كعدد ألف

رجعى لاحتماله القبح الشرعى والطبيعى بأن يطلقها فى وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكر وكأنه الطهر الخالى عن الجماع فتجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية أو يراد وقت تتفق نفرة الطباع فيه عن الطلاق وعند محمد بائن حملا له على المنهى عنه (قوله وعن محمد انه اذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا) لما ذكرنا فى وجه الرواية عن أبى يوسف (قوله وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم فتحصل باثبات زيادة الوصف البينونة (وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان التشبيه فى توحده) يعنى يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذى هو كالصريح ان التشبيه بالجبل انما يراد فى الثقل أو العظم فيثبت المشتهر قضية اللفظ وتتوقف الوحدة على النية بينه وبين الله تعالى أما القاضى فلا يصدقه فيها (قوله ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهى واحدة بائنة الا أن ينوى ثلاثا أما الاول) وهو قوله أشد الطلاق (فلانه وصفه بالشدة) فان قيل بل بالاشدية فيجب وقوع الثلاث وكذا كل ما كان مثله مثل أقبح الطلاق أجيب بان أفعل يراد به أيضا الوصف كقولهم الاشج والناقص أعدلا بنى مروان أى عادلاهم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال ولا يخفى ان الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن كالجبل مع احتمال ارادة كون وجه التشبيه الوحدة والاوجه ان هذا الاحتمال يحمل ظاهرا لحرمة الثلاث فيصار الى الواحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية ثم قوله (وانما تصح نية الثلاث لذكره المصدر) فان المعنى طالق طلاقا هو أشد الطلاق والحاصل ان أفعل التفضيل بعض ما أضيف اليه فكان أشد معبرا به عن المصدر الذى هو الطلاق (قوله وأما الثانى وهو قوله كألف فقد يراد به التشبيه فى القوة) كما يقال زيد كألف رجل أى بأسه وقوته كبأسهم وقوتهم وقد يراد به التشبيه فى العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد ألف أو قدر عدد ألف وفيه يقع ثلاث اتفاقا فتصح نية كل من الامرين وعند فقدانها يثبت أقلهما وعند محمد يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فصير كقوله طالق كعدد ألف ومعلوم ان التشبيه بالعدد ليس له معنى فى خصوص الكمية والا فقال أنت طالق ألفا اذ لا معنى لقوله ألف تشبيه هذه الالف فانه يستقيم فى الكثرة أى طالق عددا كثيرا ككثرة الالف والكثرة التى تشبه كثرة الالف ما يقاربها فلا بد ان يزيد على اثنين فيقع الثلاث قلنا كون التشبيه به فى القوة أشهر فلا يقع الآخر الا بالنية بخلاف عدد الالف وعلى هذا الخلاف مثل ألف اما لو قال واحدة كألف فهى واحدة بائنة بالاجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد به فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبى يوسف رجعية واختاره امام الحرمين من

الشافعية

وكذا الجواب فى قوله أخبث الطلاق أو أشره أو أشده أو أكبره أو أسوأه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة فى الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف بأثره فصار كأنه قال أنت بائن فان قيل أفحش وأشد ونحوهما أفعل التفضيل فيقتضى فاحشا وأفحش والفاحش هو البائن والافحش منه هو الثلاث فينبغى أن تقع الثلاث به نوى أو لم ينو وأجيب بان أفعل قد يكون لاثبات أصل الوصف من غير زيادة كقوله الناقص والاشج أعدلا بنى مروان وهو مشهور يسمى للاضافة بالمعنى الثانى وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح وذكر الاصل الذى يبتنى عليه أقوالهم وهو أيضا واضح

قال المصنف (أما الاول فلانه وصفه بالشدة) أقول فيه اشارة الى أن الاشد بمعنى الشديد قال المصنف (لذكره المصدر) أقول يعنى تقديرا اذ المعنى طالق طلاقا أشد الطلاق قال المصنف (يقال هو كألف ويراد به القوة) أقول فيه ان قوة الالف أن لا تحل حتى تنكح زوجا غيره

وأما الثالث فلان الشئ قد يملأ البيت لعظمه فى نفسه وقد يملؤه لكثرته فأى ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النيـة يثبت الاقل ثم الاصل عند أبى حنيفـة انه متى شبه الطلاق بشئ يقع بائنا أى شئ كان المشبه به ذكر العظم أولم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضى زيادة وصف وعند أبى يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا والافلا أى شئ كان المشبه به لان التشبيه قد يكون فى التوحيد على التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لامحالة وعنـد زفر ان كان المشـبه به مما يوصف بالعظم عنـد الناس يقع بائنا والا فهو رجعى وقيـل محمـد مع أبى حنيفة وقيـل مع أبى يوسف وبيانه فى قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة ومثل الجبل

الشافعيـة لان التشبيه بالعدد فيما لاعدد له لغو ولاعدد للتراب وعنـد محمد يقع الـثلاث وهو قول الشافعى وأحمد لانه يراد بالعدد اذا ذكر الكثرة وفى قياس قول أبى حنيفـة واحدة بائنة لان التشبيه يقتضى ضربا من الزيادة كما مر اما لو قال مثـل التراب يقع واحـدة رجعية عنـد محمـد وعنـه فى كالنجوم تقع واحـدة وكعدد النجوم ثلاث والفرق له بين هـذا وبين قوله كألف ان الالف موضوع للعـدد فيكون التشبيه به للكثرة بخـلاف النجوم فيحتمل التشبيه فى النور ولو قال كثـلاث فهى واحدة بائنة عنـد أبى يوسـف وثلاث عند محمـد كما لو قال كعدد ثلاث وهـذا ضعيف لانه تشبيه العـدد بالعـدد فى خصوص الكمية وفيـه ماذكرناه آنفا وفى كافى الحاكم لو قال أنت طالق أكثر الطـلاق فهى ثلاث لايدين فيها اذا قال نويت واحدة اهـ ولو أضافه الى عـدد معلوم النفى كعدد شعر بطن كفى أو مجهول النفى والاثبات كعدد شـعر ابليس أو نحوه تقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف بعارض كعدد شعر ساقى أو ساقك وقد تنورا لا يقع لعدم الشرط (قوله وأما الثالث) هو قوله ملء البيت فلان الشئ قد يملأ البيت لعظمه فى نفسـه وقد يملؤه لكثرته فأى ذلك نوى صحت نيته وعنـد عدم النيـة يثبت الاقل وهو ظاهر (قوله ثم الاصـل) الاصل انه اذا وصف الطلاق بما لايوصـف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لايقع عليك أو على انى بالخيار وان كان يوصـف به فاما ان لاينبئ عن زيادة فى أثره كقوله أحسـن الطلاق أسنه أجله أعدله خيره أكمله أتمه أفضله فيقع به رجعيا وتكون طالقا للسـنة فى وقت السـنة وان نوى ثلاثا فهى ثلاث للسـنة وفى مختصر الطحاوى لو قال أنت طالق تطليقـة حسـنة أو جميلة كانت طالقا وعليك رجعتها حائضا كانت أو غـير حائض ولم تكن هـذه التطليقـة للسنة قال وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسـف انها طالق تطليقة للسـنة كما لو قال أنت طالق أحسن الطـلاق أو ينبئ كاشده وأطوله يقع به بائنا وأما تشبيهه فكلمتهم على انه بائن عند أبى حنيفـة أى شئ كان المشـبه به كرأس ابرة وكحبة خردل أو كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة وعند أبى يوسـف ان ذكر العظـم فكذلك والا فرجعى أى شئ كان المشبه به ولو كان عظيما لان التشبيه قد يكون من حيث التوحيـد والتجريد والعظـم للزيادة لامحالة وعنـد زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عنـد الناس فبائن والا فرجعى ذكر العظم أولا وبيان الاصول فى مثل رأس ابرة عند أبى حنيفة بائن وعند أبى يوسف رجعى الا أن يقول كعظم رأس ابرة فحينئذ هو بائن وعند زفر رجعية وفى كالجبل بائن عند أبى حنيفة وزفـر رجعى عند أبى يوسف الا أن يقول كعظم الجبل ولو قال مثل عظمه فهو بائن عند الكل وقول محمد قيل مع أبى حنيفة وقيل مع أبى يوسف هـذا كله عند عدم النية أما لو نوى الثلاث فى هـذه الفصول صحت نيتـه لان الواقع بها بائن والبينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة وفى شرح الكنز كالثلج بائن عند أبى حنيفة وعندهـما ان أراد به بياضـه فرجعى

وقوله (وبيانه فى قوله مثل رأس الابرة) يقع به واحدة بائنة عند أبى حنيفة خاصة على تقدير أن يكون محمـد مـع أبى يوسف وقيـل مثل عظم رأس الابرة يقع به واحدة بائنة عنـد أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وقوله (مثـل الجبل) يقع واحدة بائـنة عنـد أبى حنيفة وزفر ومحمد ان كان مع أبى حنيفة

قال المصنف (ثم الاصل عنـد أبى حنيفة رحمه الله انه متى شـبه الطلاق بشئ يقـع بائنا أى شئ كان المشـبه به ذكر العظـم أو لم يذكر) أقـول قال الامام التمرتاشى لان الشئ قد يشبه بغيره لعظمه وقد يشبه لحقارته والحقير مكـروه عادة والبائن مكـروه فيكون عبارة عن البائن انتهى فيـه ان الشكل الثانى لاينتج اذا لم يختلف مقدمتاه فى الكيف مـع أن الحقير قليـل الاثر عادة والرجعى كذلك فيكون عبارة عن الرجعى قال المصنف (لما مر ان التشبيه الخ) أقول قبل ثمانية أسطر قال المصنف (وعند أبى يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والافلا أى شئ كان المشبه به)

وقوله (مثل عظم الجبل) يقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عند أبي حنيفة فلوجود التشبيه واما عند أبي يوسف فلذكر العظم واما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل في الطلاق قبل الدخول ﴾ لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله أحكام بجة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل (اذا قال لغير الممسوسة أنت طالق ثلاثا وقعن) وقال الحسن البصري يقع واحدة بقوله أنت طالق وتبين بها الا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهي أجنبية فلا يقع به شئ كما لو قال أنت طالق طالق طالق ولنا

مثل عظم الجبل (ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة) لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن أبي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

﴿ فصل ﴾ في الطلاق قبل الدخول (واذا طلق رجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها) لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه فلم يكن قوله أنت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة

وان أراد به برده فبائن اه وهذا يقتضي ان أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الامر طول وعرض) فهو البائن أيضا (وعن أبي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو)وفي الكافي للحاكم لو قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثا وان نواها لان الطول والعرض يدلان على القوة لكنهما يكونان للشئ الواحد فكأنه قال طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث (قوله ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة الخ) أراد بالفصول ما ذكر من قوله طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوأه وطلاق الشيطان والبدعة وأشده كألف وملء البيت ومثل رأس ابرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانها كلها بوائن والبينونة تتنوع الى خفيفة وغليظة وكذا ذكر الصدر الشهيد وقال العتابي الصحيح انه لا تصح نية الثلاث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانه نص على التطليقة وانها تتناول الواحدة ونسبه الى شمس الائمة ورجح بأن النية انما تعمل في المحتمل وتطليقة بتاء الوحدة لا تحتمل الثلاث

﴿ فصل ﴾ في الطلاق قبل الدخول لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الاصل لان الاصل حصول غرض الشئ بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالاصل على ما بالعوارض (قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا) أي تطليقا ثلاثا على ما بيناه في الفصل وفي باب ايقاع الطلاق ان الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق

ما ذكر في الكتاب وهو لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا يعني قبل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الخ وانما يقدر المصدر محذوفا لان الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شئ يحتمل التعدد والمصدر أولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله أنت طالق ايقاعا على حدة والازادة دد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة

أقول قال ابن الهمام وفي شرح الكنز للزيلعي كالثلج بائن عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان أراد به بياضه فرجعي وان أراده برده فبائن انتهى وهذا يقتضي ان أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه انتهى يثبت وأنت خبير باحتياج صحة التفريع بقوله وكذا الخ الى توجيه

﴿ فصل في الطلاق قبل الدخول ﴾ قال المصنف (لان الواقع مصدر محذوف) أقول فيه تسامح والمراد هو المصدر المحذوف مع صفته (قوله لدلالة الوصف عليه) أقول يعني بطريق الاقتضاء (قوله والازادة دد الطلاق وهو غير مشروع) أقول قيل ان أريد الزيادة وقوعا فلا نسلم ذلك لان الواقع ثلاث لا غير كما اذا قال للمدخول بها أنت طالق ألفا وان أريد الزيادة لفظا فلا نسلم كونه محذورا

(فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة) وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لان كل واحدة ايقاع على حدة اذا لم يذكر فى آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى فى الحال فتصادفها الثانية وهى مبانة (وكذا اذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة) لما ذكرنا انها بانت بالاولى (ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا) لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل (وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا) لما بينا

يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره وبه دفع قول الحسن البصرى وعطاء وجابر بن زيد انه يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيأ ونص محمد قال اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة وأثم بربه وان دخل بها أو لم يدخل سواء ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن على وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين ولا ينافى قول الانشاء ان يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع على ذكر العدد وكونه وصفا لمحذوف أما لو قال أوقعت عليك ثلاث تطليقات فانه يقع الثلاث عند الكل (قوله وان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية) وذلك كقوله أنت طالق طالق طالق لانه ليس فى آخر الكلام ما يغير أوله ليتوقف أوله فلم يقع بطالق الاول شئ فان قيل لو قال بالواو طالق وطالق وطالق أو طالق واحدة وواحدة وواحدة فالحكم كذلك مع ان الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق اذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلاثا وحكمهما مختلف لان فى التفريق تبين بواحدة فينبغى أن يتوقف الصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد قلنا الجمع الذى يباين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المغير له كلفظ ثلاثا ونحوه وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات فى معنى العامل أعم من كونه على وجه المعية وعلى تقدم بعض المتعاطفات بها فى تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية ومن الجمع بمعنى ترتب المتعاطفات على الترتب اللفظى وعكسه أفراده ولا دلالة للاعم على الاخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب فى التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة ذكر مغير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية ولان الحكم بتوقف الصدر يتوقف على الحكم بأنها فى التركيب للمعية واذا علمت انها لا تتعرض الا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها الفرد الذى هو المعية بعينه وليس هو بأولى من اعتبارها للفرد الذى هو التعاقب فى معنى العامل وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالاولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها الترتيب فاندفع ما قيل لو لم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها الترتيب وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها اذا قال أنت طالق احدى وعشرين ووقوع الثنتين فى قوله لها أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب ايجاب الواو المعية بل لانه أخصر ما يلفظ به اذا أراد الايقاع بهذه الطريقة وهو مختار فى التعبير لغة وان لم يكن مختارا فى احدى وعشرين شرعا الا ان الشرع لم ينف حكمه اذا تكلم به وذكر شمس الائمة فى المسئلتين خلاف زفر فلا يقع عنده الا واحدة لوجود العطف فيسبق الواقع الاول أما لو قال أنت طالق احدى عشر فانه يقع الثلاث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلاث عليها اذا قال لها أنت طالق ثلاثا ان شئت فقالت شئت واحدة وواحدة وواحدة لان تمام الشرط بآخر كلامها وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء واعلم ان شمس الائمة حكى بين أبى يوسف ومحمد خلافا فى نحو أنت طالق وطالق وطالق ان عند أبى يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثانى وعند محمد بعد فراغه منه لجواز ان يلحق بكلامه شرطا أو استثناء ورجح فى أصوله قول أبى يوسف أنه ما لم يقع الطلاق لا يفوت المحل فلو توقف وقوع الاولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلاث حال التكلم بها ولا يخفى ان النظر الى تعليل محمد بتجويز ان يلحقه مغير يفيد

وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا تقع الثانية اذا لم يذكر فى آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفتها وهى مبانة كما لو قال أنت طالق واحدة وواحدة (ولو قال أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا لما بينا) أنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد

(قوله ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا الخ) أقول ولك أن تقول لم لا يجوز أن يكون من قبيل قوله صلى الله عليه وسلم فنكاحها باطل باطل باطل واحتمال كونها جملا لا يجدى نفعا اذ الطلاق لا يثبت بالشك مع أن الحذف خلاف الاصل واللائق بحال المسلم أن لا يجمع الثلاث فى وقت ثم فائدة ما قلنا تظهر فى المدخولة فتأمل قال المصنف (اذا لم يذكر فى آخر كلامه ما يغير صدره) أقول سيأتى فى هذه الصحيفة أمثلته

(وهـذه) أى هذه المسائل الثـلاث وهى قوله أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لوماتت قبل قوله ثنتين أوماتت قبل قوله ثلاثا (توافق ماقبلها) وهوقوله واذا طلق الرجـل امرأته ثلاثا قبـل الدخول بها وقعن (من حيث الدليل) وهوان الواقع فيهما جميعا ذكر العـدد لاذكر الوصف وحـده الاأن الحكم اختلف لما أن ذكر العـدد الذى هوالواقع فى هـذه المسائل الثـلاث صادف المرأة وهى ميتة فلم يقع الطلاق أصلا وهنالك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهى منكوحته حية وقع الثلاث لكون الواقع هوالعدد فكان الاعتبار فى الصورتين للعدد لاللوصف (قوله ولوقال أنت طالق واحدة قبـل واحدة) اعلم ان كلمة قبـل للتقديم وكلمة بعـد للتأخير فاذا قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال أنت طالق واحـدة قبلها واحدة أو بعـد واحـدة وقعت ثنتان وذلك مبـنى على أصلين ذكرهما المصنف فى الكتاب أحـدهما ان الظرف اذا قيـد بالكناية كان صـفة لما بعده واذالم يقيـد كان صـفة لماقبله والثـانى ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال لان الاسناد ليس فى سـعته فاذاقيـل لغـير المدخول بها أنت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لماقبله فيقع واحـدة قبل الاخرى فيفوت المحل وتلغو الثانيـة واذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها فى الماضى وايقاع الاولى فى الحـال والايقاع فى المـاضى ايقاع فى الحـال فيقـترنان فى الوقوع والبعدية فى قوله بعد واحدة صـفة لماقبله فيقتضى ايقاع الاولى فى الحـال وايقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر وفى قوله بعدها واحدة صفة للثانيـة فتبين بالاولى وتلغو الثانية كان لفوات المحليـة (ولوقال أنت طالق واحـدة مع واحـدة أومعها واحدة وقعت ثنتان) لان كلمة مع للقران فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقا لمراده فوقعامعا وعن أبى يوسف فى قوله معها انها تقـع واحـدة لان الكناية تسـتدعى سـبق المكنى عنـه وجودا وذلك فى الطلاق بالوقوع

وهـذه تجانس ماقبلها من حيث المعنى (ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة) والاصـل انه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صـفة للمذكور آخرا كقوله جاءنى زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صـفة للمذكور أولا كقوله جاءنى زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق فى المـاضى ايقاع فى الحال لان الاسناد ليس فى وسعه فالقبلية فى قوله أنت طـالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلا تقع الثانية والبعدية فى قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى (ولو قال أنت طالق واحـدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها فى المـاضى وايقاع الاولى فى الحال غيران الايقاع فى المـاضى ايقاع فى الحال أيضا فيقـترنان فيقعان وكذا اذا قال أنت طالق واحـدة بعـد واحـدة لان البعـدية صـفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحـدة فى الحال وايقاع الاخرى قبـل هذه فتقترنان (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحـدة أو معها واحدة تقع ثنتان) لان كلمة مع للقران وعن أبي يوسف فى قوله معها واحدة أنه تقع واحدة لان الكناية تقتضى سبق المكنى عنه لامحالة

ان المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فان مقتضاه انما هوانه اذا ألحق تبين عـدم الوقوع واذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالاول وهذا لاينفيه أبو يوسف فلا خلاف فى المعـنى بينهما (قوله وهـذه) أى المسائل الثلاث (تجانس ماقبلها من حيث المعنى) وهو فوات المحل عند الايقاع فلا يقع شئ غيران فواته فى هذه بالموت فلا يقع شئ كما لو قال أنت طالق ان شاء الله فماتت قبـل ان يقول ان شاء الله لايقع عليها شئ وفيما قبلها بالطلاق فيقع الاول دون مابعده (قوله ولوقال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل فيه انه اذا ذكر شيئين ودخل بينهما ظرفا ان قرنها بهاء الكناية) أى أضـيفت كلمـة الظرف الى ضمـير الاول كانت صـفة للمذكور آخرا كجاءنى زيد قبـله عمرو وان لم يقرنها بها بل أضيفت الى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للاول بالضرورة ولانها حينئذ خـبر عنـه أما إذا قرن بها ارتفع عمرو والمتأخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخـبر وصف للمبتدا وحينئـذ القبليـة فى واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة فى اللفظ أعـنى المضاف اليها لفظة قبـل فلا يلحقها الثانية وفى قبلها واحدة صفة للأخـيرة لانها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجـلة موصوف بمضمونها واحدة الاولى فقدأوقع واحدة موصوفة بقبلية أخرى لها ولا يقدرعليـه اذلم يكن فى الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم أن الايقاع فى المـاضى ايقاع فى الحال فيقـترنان فيقعان واذا

قال المصنف (وهـذه تجانس ماقبلها من حيث المعـنى) أقول قال ابن الهمام وهو فوات المحل عند الايقاع انتهى وهذا مبنى على أن يكون ماقبلها اشارة الى ما فى حـيز فان فرق الطلاق (قوله توافق ماقبلها الى قوله من حيث الدليل) أقول قوله من حيث الدليل متعلق بقوله توافق قوله (وهوان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد) أقول المراد من الذكر المذكور أى العـدد المذكور

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها القيام المحلية بعد وقوع الاولى (ولو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة و واحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة وقالا تقع ثنتان ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين) بالاتفاق لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلاث أو أخر الشرط

كان الظرف لفظة بعد ففي واحدة بعد واحدة يكون صفة للاولى فقد أوقع واحدة موصوفة بأنها بعد أخرى وهو معنى قبلية أخرى لها ولا قدرة على تقديم ما لم يسبق الوجود على الموجود فيقترنان بحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقعان وفي واحدة بعدها واحدة أوقع واحدة موصوفة ببعدية أخرى لها فوقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها وأما اذا قال واحدة معها واحدة أو مع واحدة فلا فرق في الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثاني تحقيقا لمعناها وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكني عنه قلنا وقد وجد وهي واحدة التي هي مرجع الضمير اذ قد سبق لفظها غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق الحكم الذي هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وان عنى سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل و بعد ما قيل منظوما

في فتى علق الطلاق بشهر * قبل ما بعد قبله رمضان

وصوره ثلاث لانه اما أن يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل أو جميعه بلفظ بعد أو جمع بينهما في الجمع كالبيت يلغى قبل ببعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع في شوال وفي نحوه ثلاث صور أخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان يتخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه أو لا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو في شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان يتخلل بينهما قبل قلب البيت وحكمه انه يلغى بعد بقبل فيبقى شهر بعده رمضان فيقع في شعبان أو لا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع في جمادى الآخرة (قوله وفي المدخول بها) يعني ان ما ذكرناه من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة و بعد واحدة و بعدها واحدة هو في غير المدخول بها أما في المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها أي في قبل واحدة وقبلها واحدة و بعد واحدة و بعدها واحدة واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد في الزيادات نحو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربي وقول النبي صلى الله عليه وسلم خللوا أصابعكم قبل ان يتخللها نار جهنم وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشئ قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن (قوله ولو قال لها) أي لغير المدخول بها ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة و واحدة فدخلت وقع عليها واحدة عند أبي حنيفة وقالا ثنتان) ولو قدم الجزاء فقال أنت طالق واحدة و واحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق أي لجمع المتعاطفات مما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان عاملا كجاء زيد وعمرو أولا كزيد وعمرو وبكر جاؤا مطلقا أي بلا قيد معية أو ترتيب بل أعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثنتين وكما اذا أخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التفريق اللفظي لا أثر له لانه في حال التكلم تعلق الطلاق لا في حال التطليق تنجيزا بخلاف قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة و واحدة لانه في حال الايقاع ولا موجب لتوقف الاول فيقع أما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم

وقوله (وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها) أي فيما ذكر من قبل و بعد بالكناية وغيرها القيام المحلية بعد وقوع الاولى قال (ولو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة و واحدة فدخلت وقعت عليها واحدة) أقول اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط أو أخره فان كان الثاني كما اذا قال أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة و واحدة فكذلك عندهما وقال أبو حنيفة يقع واحدة (لهما ان الواو للجمع المطلق) وقد دخلت بين الاجزية فيجمع بينهما فيتعلقن جميعا و ينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا لان الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو أخر الشرط فان تأخيره لا يغير موجب الكلام

قال المصنف (وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها) أقول قال ابن الهمام واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر في الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربي وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشئ قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن انتهى وفيه تأمل

وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثانى لاتقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف

ينزلن كذلك فيقع الكل ولو سلم التعاقب فى التعلق فانه معلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل بايمان تخللها أزمنة كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثم بعد زمان قال ان دخلت فأنت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصنف كما اذا نص على الثلاث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن و يقعن (قوله وله ان الجمع المطلق) الذى هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو فى الاستعمال ان يراد من حيث هو فى ضمن القران أو الترتيب وهذا لانه لا يراد فى الاستعمال الخاص الاعم الامن حيث هو فى ضمن أحد أخصائه وعلى الاعتبار الثانى وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا نجز الثلاث بالواو لغير المدخول بها يقع واحدة لملاحظة هذا الاعتبار و يلغو ما بعدها لفوات المحل فهكذا هذا لانه حينئذ يكون المراد ان دخلت فأنت طالق واحدة و بعدها واحدة أخرى و بعدها أخرى و يفوت المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل ولا تتعين لاحد الجائزين و نزول الطلاق عند الشرط لابد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقرر الاصول ان الاول تعلق قبل الثانى لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثانى بواسطته والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذى وقع عليه التعلق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثانى بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلا منها جملة مستقلة فتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس منها شئ بواسطة شئ فينزلن جميعا عند الشرط و بخلاف ما اذا تقدم الجزاء لان تأخر الشرط موجب لتوقف الاول لانه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فينزل دفعة ونقض بما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فأنت طالق واحدة لابل ثنتين فدخلت يقع ثلاث ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة وأجيب بأن لابل لاستدراك الغلط باقامة الثانى بدل الاول ولا يمكن فى الطلاق فيتعلق الاول و يصح تعلق الثانى لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كأنه أعاد الشرط لتعليق ثنتين وجعله يمينين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا نجز لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقولهما أرجح وقوله تعلق الثانى بواسطة تعلق الاول ان اريد انه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو اياه الى الشرط وان أريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثانى لم يلزم كون نزوله علة لنزوله اذ لا تلازم لجواز كونه علة لتعلقه فيتقدم فى التعلق وليس نزوله علة لنزوله بل اذا تعلق الثانى بأى سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقرير المصنف رحمه الله أقرب ولا يرد عليه مسئلة الايمان فان قيل قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بأنه لا شك فى تعلق الكل سواء كان بطريق المعية أو الترتيب فيجب أن تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذى يراد بالواو و يقتضى كما قررناه ان وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتأخر فان معناه ان دخلت فأنت طالق واحدة و بعدها أخرى وتليها أخرى فلا يقع متأخر الا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متأخر بخلاف الترتيب الذى اتفق فى الايمان فانه ليس الشرط فى الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام شرط كل معلق من الطلقات الثلاث وعلى هذا الخلاف ما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فأنت طالق وأنت على كظهر أمى و والله لا أقربك أربعة أشهر فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والايلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا للظهار والايلاء وعندهما هو مطلق مظاهر مول ولو قال لاجنبية ان تزوجتك فأنت طالق وأنت على كظهر أمى و والله لا أقربك أربعة أشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء فقال والله

لا أقربك

وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان تحققه فى الخارج لا يمكن الا بأحد الوجهين وعلى اعتبار الاول تقع الجملة وعلى اعتبار الثانى لا تقع الا الواحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال لها أنت طالق واحدة و واحدة فانه لا يقع الا الواحدة بالاتفاق فكان فى الزائد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف ما اذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب و بانت بالاولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن النصوص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب

قوله (وقع على الترتيب و بانت بالاولى) أقول لعل المراد انه يحتمل ذلك فلا يقع بالشك حتى لا يخالف آخر كلامه أوله

ولوعطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه أبو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح (وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال)

لاأقربك وأنت علي كظهر أمي وأنت طالق فتزوجها وقع الكل أما عندهما فلا اشكال وأما عنده فلسبق الايلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق (قوله ولوعطف بحرف الفاء) فقال أي لغير المدخول بها ان دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت (فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فليكن عنهما (وذكر الفقيه أبو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح) لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدهما وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لابي حنيفة وهذا لانه يصير المعنى ان دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى ولو عطف بثم وأخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعنده يقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط لانه للتراخي وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى فكأنه فصل بسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف ليتعلق فكذا هنا واذا وقع الاول بقيت محلا فتقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار وان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها وان قدم الشرط فقال ان دخلت فأنت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخول بها تعلق الاول ووقعت الثانية والثالثة وان لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث والوجه بعد معرفة الاصل ظاهر وعندهما تعلق الكل بالثاني قدمه أو أخره الا ان عند وجود الشرط يقع الثلاث ان كانت مدخولا بها وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره فأثر التراخي يظهر عنده في التعليق كأنه سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلا بان قال ان دخلت فأنت طالق واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لانه انما تعلق الاول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه (قوله وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح اذ هو الاصل في الكلام لانه وضع للافهام فما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلا بالنسبة لما وضع له وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه وانما لم يعرف المصنف الكناية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال (وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية) الى آخره لاشتهار انها ضد الصريح وحين عرفه علم ان الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع انه يؤخذ رسمها من تعليله حيث قال انها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم أن يستفسر عن مقصوده به أما اذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فان القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء فانه ينصرف الى ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فانها انما يحكم بارادة مقتضاها شرعا كما في البيع بالدراهم المطلقة فانه ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا اذا أطلق الصرورة نية الحج ينصرف الى نية الحج الفرض والحاصل ان النية باطنة والحال ظاهرة في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في انكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه الله سبحانه اذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المصنف لا يقع بها الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع أما في نفس الامر فلا يقع الا بالنية مطلقا ألا ترى ان أنت طالق اذا قال أردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هي زوجته اذا كان نواه

وقوله (ولوعطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا كما في صورة الواو وسواء قدم الشرط أو أخره عندهما خلافا له (وذكر الفقيه أبو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح) قال (وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها انه لا يجب العمل بها الا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال

لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلابد من التعيين أو دلالته قال (وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة) أما الاولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه الى النية ولا تقع الا واحدة لان قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا أولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث

(قوله لانها غير موضوعة للطلاق) بل موضوعة لما هو أعم منه أو من حكمه والاعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلا مما صدق فانه ولا يتعين أحدهما الا بعين والمعين في نفس الامر هو النية وبالنسبة الى القاضي دلالة الحال فان لم تكن فدعواه ما أراد وانما قلنا أعم منه ومن حكمه ولم نقل أعم منه لما سنذكر من انه لم يرد بها سوى الثلاث الرجعية اعتدي استبرئي أنت واحدة الطلاق أصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح وعلى هذا فقول المصنف بل تحتمله وغيره تساهل لان محتملات اللفظ تستعمل فيها وسنشير الى انه لم يرد بها الطلاق ونقرره والجواب ان المراد تحتمله متعلقا لمعناها أو واقعا عنده فتدخل الثلاث الرجعية (قوله وهي) أي الكنايات (على ضربين) هذا تقسيم للكنايات وهي تنقسم أولا بحسب ما هي كناية عنه وثانيا باعتبار الواقع بها وما ذكره المصنف هي القسمة الثانية أما الاولى فتنقسم الى ما هو كناية عن حكم الطلاق والى ما عن تفويضه الثاني لفظان اختاري وأمرك بيدك لا يدخل في يدها الا بنية الطلاق فلا يقع الا بقولها بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي والاول ما سواهما وينقسم الى ما يقع به البائن وهو ما سوى الالفاظ الثلاثة وسنذكره فيه والى ما يقع به الرجعي وهي الالفاظ الثلاثة اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة ثم لا يقع به الا واحدة أما الاولى أي كون الاولى وهي كلمة اعتدي كناية فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى فان نوى الاول تعين ويقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى ان القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما اذا قاله بعد الدخول أما قبله فهو مجاز عن كوني طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب لبرد ان شرطه اختصاص المسبب بالسبب والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها في أم الولد اذا عتقت ويجاب بأن ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء لا بالاصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص واعلم انه كما يجب كونه مجازا عن كوني طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرئي رحمك كذلك في المدخول بها اذا كانت آيسة أو صغيرة وما في النوادر من ان وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة يعني أنه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدي ثم راجعها والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس واستحسان لان علة البينونة في غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه القياس أصلا نعم الاعتداد يقتضي فرقة بعد الدخول وهي أعم من رجعي و بائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل يتعين الاخف لعدم الدلالة على الزائد عليه وأما الثانية وهي كلمة استبرئي رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئيه لاني طلقتك أو لاطلقك يعني اذا علمت خلوه عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثاني لا فلابد من النية ولا يخفى انها أيضا قبل الدخول مجاز عن كوني طالقا

مايكون الواقع به واحدة رجعية ومايكون واحدة بائنة فالاول ثلاثة ألفاظ هي اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة ولابد لكل واحدة منها من احتمال معنيين حتى يحتاج الى التعيين بالنية أو بما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المصنف في كل واحد منها ذلك وكلامه فيه واضح وقوله (لان قوله أنت طالق فيها) أي في هذه الالفاظ الثلاثة (مقتضى) أي ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدي واستبرئي كما أشار اليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلابد من تقدير الطلاق سابقا وقوله (أو مضمر) يعني في قوله أنت واحدة

(قوله لانها غير موضوعه) أقول أي غير متعينة فيه بدليل بل تحتمله وغيره قال المصنف (فيقتضي طلاقا سابقا) أقول يعني ان كان بعد الدخول وان كان قبله يكون مستعارا عن الطلاق لانه سببه في الجملة وان لم يكن سببا له في هذه الحالة قال المصنف (وتحتمل الاستبراء ليطلقها) أقول يعني اذا علم خلوه من الولد قال المصنف (لان قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر) أقول قوله مقتضى يعني في الاولين وقوله مضمر يعني في الثالثة

ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب قال (وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كانت ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة

طالقا كاعتدى وكذا فى الآيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه وأما الثالثة وهى أنت واحدة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه فكأنه قاله يعنى اذا نواه مع الوصف المذكور فكأنه قاله لظهوران مجرد نية الطلاق لا توجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندى أو فى قومك مدحا وذما فقد ظهران الطلاق فى هذه الالفاظ الثلاثة مقتضى كما هو فى اعتدى واستبرئى رحمك لانه يقع شرعا بها فهو ثابت اقتضاء ومضمر فى واحدة ولو كان مظهرا لايقع الا واحدة فاذا كان مضمرا وانه أضعف منه أولى ان لا يقع الا واحدة وفى واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلاث لانها صفة للمصدر المحدود بالهاء فلا يتجاوز الواحدة واعتراض بعضهم على قوله يحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف أى تطليقة واحدة بأن فيه تكلفا غير محتاج اليه بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ساقط لانه لايدفع احتماله لما ذكر المصنف والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع فى طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر القائل

* فأنت طلاق والطلاق عزيمة * الى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الاربع اذهبن فأنتن الطلاق أو طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان احتمال أنت واحدة للمصدر أظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا عن تعين الثانى (قوله ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح) احترازعما قال بعضهم ان رفع الواحدة لايقع شئ وان نوى وان نصبها وقعت واحدة وان لم ينو لانها حينئذ نعت لمصدر أى أنت طالق تطليقة واحدة فقد أوقع بالصريح وان سكن احتيج الى النية وجه الصحيح ان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع الى العامة عليه ولان الرفع يجوز لكونه نعتا للطلقة أى أنت طلقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر أى أنت متكلمة كلمة واحدة وهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لاتلتزم التكلم العرفى على صحة الاعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ولذا ترى أهل العلم فى مجارى كلامهم لايقيمونه (قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة فان نوى الثلاث كانت ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة) وفى هذا الاطلاق نظر بل يقع الرجعى ببعض الكنايات سوى الثلاث فقد ذكر فى أنا برئ من طلاقك يقع رجعى إذا نوى بخلاف ما إذا قال من نكاحك قاله ابن سلام وفى الخلاصة اختلف فى برئت من طلاقك إذا نوى والاصح يقع رجعيا والاوجه عندى ان يقع بائنا لان حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الايقاع وهو بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الايقاع أصلا وبذلك صار كناية فاذا أراد الاول وقع وصرف الى احدى البينونتين وهى التى دون الثلاث وكذا فى قوله الطلاق عليك يقع بالنية وفى وهبتك طلاقك إذا نوى يقع رجعيا وكذا قالوا فى بعتك طلاقك إذا قالت اشتريت من غير بدل ثم فى الهبة إذا لم تكن نية تطلق فى القضاء ولو قال نويت ان يكون فى يدها لايصدق وأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فان طلقت نفسها فى ذلك المجلس طلقت والا فهى زوجته هذا إذا ابتدأ الزوج فلو ابتدأت فقالت هب لى طلاقى تريد أعرض عنه فقال وهبت لايقع وان نوى لانه جوابها فيما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب ان يقع إذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى وقع فاذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدرى بنفسه ونيته ويقع رجعيا فى خذى طلاقك وأقرضتك وكذا فى قد شاء الله طلاقك أو قضاه أو شئت يقع بالنية رجعى

وقوله (ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ) يعنى سواء قال أنت طالق واحدة بالنصب أو بالرفع أو بالسكون فقوله (هو الصحيح) احترازعن قول بعض المشايخ يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للطلقة أما اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ تكون صفة شخصها وقيل هو قول محمد وعند أبى يوسف يقع فى الاحوال كلها لان نية الطلاق تعرب عن الغرض وان أخطأ فى الاعراب وان أسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين والصحيح ان الكل سواء (لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب) والثانى هو بقية الكنايات وهى المذكورة فى الكتاب (اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة) أما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله الطلاق وغيره

الا أن يكون فى حال مذاكرة الطلاق فان القاضى يحكم بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية وأما جواز نية الثلاث فلان الواقع بها
اذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ولا اتصالها وجهان انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل فيتعدد المقتضى بتعدد
المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمستثنى بمعزل عن ذلك قال المصنف (سوى) يعنى القدورى (بين ألفاظ الكنايات) فى وقوع
الطلاق بلانية حال مذاكرة الطلاق وليس على اطلاقه بل اغاذلك (فيما لا يصلح ردا) فلا بد من بيان وبين بقوله (والجملة فى

ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهى حالة الرضا وحال مذاكرة الطلاق) بان تسأله عن ذلك (وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا) وهو سبعة أخرجى اذهبى اعزبى قومى تقنعى استترى تخمرى أما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله اخرجى اترك سؤال الطلاق وكذلك اذهبى واعزبى وقومى واما تقنعى فمن القناعة وقيل من القناع وهو الخمار ومعنى الرد فيه هو أن ينوى واقنعى بما رزقك الله منى من أمر المعيشة واترك سؤال الطلاق واشتغلى بالتقنع الذى هو اهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استترى وتخمرى لانهما من الستر والخمار (وما يصلح جوابا لا ردا) ثمانية ألفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى والخمسة الاولى تصلح للسب والشتيمة أيضا اذا عرف هذا ففى حالة الرضا لا يكون شئ منها طلاقا

الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية بتعيين أحد المحتملين والقول قوله فى انكار النية مع يمينه وفى حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء فى قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر حالة

وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وانت حرة وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الازواج) لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال (الا أن يكون فى حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق فى القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا أن ينويه) قال رضى الله عنه (سوى بين هذه الالفاظ وقال ولا يصدق فى القضاء اذا كان فى حال مذاكرة الطلاق) قالوا (وهذا فيما لا يصلح ردا) والجملة فى ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهى حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففى حالة الرضا لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية فالقول قوله فى انكار النية لما قلنا وفى حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا فى القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبى اخرجى قومى تقنعى تخمرى

(قوله وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك) بوصل الهمزة (وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وأنت حرة) وأعتقتك مثل أنت حرة (وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى) بالغين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة والزاى (واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره) وتقرير المحتملات غير خاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من أشياء وهى هيئة الناقة اذا أريد اطلاقها للرعى وهى ذات رسن فألقى الحبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كى لا تتعقل به اذا كان مطروحا فشبه بهذه الهيئة الاطلاقية اطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء والاجارة والاستئجار وصار كناية فى الطلاق لتعدد صور الاطلاق وفى وهبتك لاهلك اذا نوى يقع وان لم يقبلوها لانه يجب كون وهبتك لاهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهى البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها فى ثبوت البينونة والحقى باهلك مثله فى صيرورتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لابيك أو لابنك مثله بخلاف الاجانب (فلا بد من النية) أى فى الحكم بوقوع الطلاق (الا ان يكون فى حالة مذاكرة الطلاق) وهو حال سؤالها الطلاق أو سؤال أجنبى (فيقع فى القضاء) وان قال أردت غير الطلاق (ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه) ويستثنى منها اختارى لما نذكر وأمرك بيدك قال المصنف (سوى) أى القدورى (بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال مذاكرة الطلاق فى القضاء) اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وهكذا فعل شمس الائمة فى المبسوط والمشايخ كفخر الاسلام وغيره (قالوا وهذا) أى كونه لا يصدق اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق انما هو (فيما لا يصلح ردا) أما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استأنف تقسيما ضابطا فقال الاحوال هنا ثلاثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وهى ما قدمنا وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق أى التطليق ويصلح رداله وما يصلح جوابا ولا يصلح رداله وما يصلح جوابا وشتما ففى

قال المصنف (وأمرك بيدك) أقول لا يخفى عليك ان قوله أمرك بيدك كناية عن التفويض فلا يناسب ذكره المقام ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم انه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالا نعوذ بالله تعالى

ومايجرى هـذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليـه وفى حالة الغضب يصـدق فى جميع ذلك لاحتمـال الرد والسـب الافيمايصلح للطلاق ولايصـلح للرد والشتم كقوله اعتدى واختارى وأمرك بيدك فانه لايصـدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن أبى يوسف

حالة الرضا يصدق فى الكل إذا قال لم أرد الطلاق لانه لاظاهر يكذبه وفى حالة المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا لا ردا كخلية برية بائن بتة بتـلة حرام اعتدى استبرى اختارى أمرك بيدك ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجى اذهبى افلحى تقول العرب افلح عـنى أى اذهب عنى اغربى قومى تقنعى ومرادفهـا كاستترى وتخمرى ومعنى الرد فى هذه أى اشتغلى بالتقنع الذى هو أنفع لك من القناع وكذا أخواه ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفى حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا ومايصلح جوابا وشتيمة لاردا كخلية برية بتة بتلة حرام ومايجرى مجراه اذ يحتمل خلية من الخير برية منه بتة بتـلة أى مقطوعة عنه ولايصـدق فيمايصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدى اختارى أمرك بيدك استبرى وعرف مماقدمنا ان اختارى أمرك بيـدك لايقع بهما الطلاق الا بايقاعها بعده وانما هما كنايتان عن التفويض حتى لايدخل الامر فى يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم فى الاحوال قسمان حالة الرضا وحالة الغضب واما حالة المـذاكرة فتصـدق مع كل منهـما بل لا تتصور سؤالها الطلاق الافى احـدى الحالتين لانهماضدان لا واسطة بينهـما فتحرير التقرير ان فى حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصـدق فى الكل انه لم يرد الطلاق وفى حالة الرضا المسؤل فيهـا الطلاق يصدق فيما يصلح ردا انه لم يرده وفى حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصـدق فيما يصلح سبا أو ردا انه لم يرد به الا السب أو الرد ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط وفى حالة الغضب المسؤل فيها الطلاق يجتمع فى عدم تصديقه فى المتمحض جوابا سـببان المذاكرة والغضب وكذا فى قبول قوله فيما يصلح ردا لان كلا من المذاكرة والغضب يستقل باثبات قبول قوله فى دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسب ينفرد الغضب باثباته فلا تتغير الاحكام وحينئذ فالاولى أن تعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدى الغضب والمذاكرة (قوله وعن أبى يوسف الخ) الحق أبو يوسف بالتى تحتمل السب ألفاظا أخرى وهى لاملك لى عليك لاسبيل لى عليك خليت سبيلك فارقتك فهذه أربعة الفاظ ذكرها الولوالجى وذكرها العتابى خمسة لاسبيل لاملك خليت سبيلك الحقى بأهلك حبلك على غاربك وفى الايضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الائمة ذكر خمسـة هى هذه الا انه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتم ستة ألفاظ ووجه احتمالها السب ان لاملك لى يعنى أنت أقل من ان تنسبى الى بالملك ولاسبيل لى عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقى بأهلك وحبلك على غاربك أى أنت مسيئة لايشتغل أحد بتأديبك اذ لاطاقة لاحـد بممارستك وفى رواية جامع فخر الاسلام والفوائد الظهيرية أن أبا يوسف ألحقها بالثلاث التى لايدين فيها فى الغضب كالايدين فى المذاكرة وهى اعتدى اختارى أمرك بيـدك وفى شرح مختصر الكرخى قال أبو حنيفة لاسبيل لى عليك تقنعى استترى اخرجى اذهبى قومى تزوجى لانكاح لى عليك يدين فى الغضب لان هذه الالفاظ تذكر للابعاد وحالة الغضب يبعد الانسان عن الزوجة فيه وكذا فى حال ذكر الطلاق وهذا لان لاسبيل لى عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقى وانتقلى كالحقى ولا رواية فى اعرتك طلاقك ظاهرة وعن أبى يوسف يقع خـلافا لمحمد وفى النوازل عن أبى حنيفة يصير الطلاق فى يدها لانه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق ان شاءت كما كان للزوج ولو قال طلاقك على لا يقع أصلا وروى الحسن عن أبى حنيفة لو قال وهبتك لابيك أو لابنـك أو للازواج فهو طلاق لان المرأة

ان مراده الطلاق عنـد سؤال الطـلاق والحاكم انمايستتبع الظاهر ويصدق فيمايصلح جوابا وردا وهو الالفاظ السبعة المتقدمة وقوله (ومايجرى هـذا المجرى) يريد به مثل اغربى واستترى لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليـه وفى حالة الغضب يصـدق فى جميع ذلك يعنى أقسام الكنايات لاحتمال الرد أو السب الا فيمايصلح للطلاق ولايصلح للرد والشتم وهو ثـلاثة ألفاظ اعتـدى واختارى وأمرك بيـدك فانه لايصـدق فيها لان الغضب يدل عـلى ارادة الطلاق

فى قوله لاملك لى عليك ولاسبيل لى عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق فى حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب

ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لاختك أو خالتك أو عمتك أو لفلان الاجنبى ونحوه لم يكن طلاقا وان نوى لانها لاترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبى فقال اذهبى فبيعى ثوبك لايقع عند أبى يوسف خلافا لزفر لان اذهبى يعمل فيه نية الطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولابى يوسف ان معناه عادة لاجل البيع فكان صريحه خلاف المنوى ومن الكنايات تنحى عنى واختلف فى لم يبق بينى وبينك عمل قيل يقع اذا نوى وقيل لا ومثله لم يبق بينى وبينك شئ وفى أربعة طرق عليك مفتوحة لايقع بالنية الا أن يقول خذى أيها شئت ثم عن محمد فى رواية أسد يقع ثلاث وقال ابن سلام أخاف أن يقع ثلاث لمعانى كلام الناس كأنه يريدان مراد الناس عند اسلكى الطرق الاربعة والا فاللفظ انما يعطى الامر بسلوك أحدها والاوجه أن يقع واحدة بائنة ومنها نجوت منى وقال المتأخرون فى وهبتك طلاقك لايقع وقيل يقع ولايقع فى أبحتك طلاقك وان نوى أو صفحت عنه ولا بأحببت طلاقك أو رضيته أو هويته أو أردته وان نوى وأما طال بلا قاف فأطاق بعضهم الوقوع به وفصل بعضهم فقال مع اسكان اللام يحتاج الى النية ومع كسرها يقع بلانية والوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا قاف ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز فى غير النداء فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين هذا فى حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق أما فى أحدهما فيقع قضاء أسكنها أولا وفيه أيضا النظر المذكور لانه ايقاع بلا لفظه ولا الاعم منه ليكون كناية وليس مجازا فيه وهذا البحث يوجب أن لايقع به أصلا وان نوى ومثل هذا البحث يجرى فى التطليق بالتهجى كانت ط ال ق لانه ليس طلاقا ولا كناية لان موضوعها يحتمل أشياء وأوضاع هذه المسميات هى حروف ولذا لو قرأ آية السجدة تهجيا لايجب السجود لانه ليس قرآنا ولا مخلص الا بعدم اشتراط غلبة الاستعمال فى الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالا عليه وضعا أو عرفا وحينئذ يقع بالتهجى فى القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا بطال بلا قاف وفى قوله لآخر احمل اليها طلاقها أو أخبرها به أو بشرها طالق فى الحال لان الحمل لايتحقق قبل المحمول ومنها أنت على كالميتة أو الخمر أو لحم الخنزير يقع بالنية وفى الكافى للشهيد اذا قال لامرأته هذه عمتى أو خالتى أو محرم من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك فاصر عليه فرق بينهما ولو قال مزحت أو كذبت أو وهمت أو نسيت صدق ولا يفرق استحسانا والقياس أن يفرق مطلقا ولا يصدق لانه أقر بالتحريم ووجه الاستحسان ان هذا ايجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال هذه بنتى من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لان الظاهر يكذبه وكذا فى هى أمى وله أم معروفة وان لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هى أختى واختلف فى لست لى بامرأة وما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع عند أبى حنيفة وقالا لا لان نفى النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم أتزوجك أو والله ما أنت لى بامرأة أو لو سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لايقع كذا هنا وله انها تحتمله أى لست لى بامرأة لانى طلقتك فيصح نفيه كما فى لانكاح بينى وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين علم انه أراد النفى عن الماضى لا فى الحال لان الحلف يكون فيما يدخله الشك لا فى انشاء النفى فى الحال وقوله لم أتزوجك جحود لايحتمل الانشاء اذ الطلاق لايتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال عرف انه أراد النفى فى الماضى وفى فتاوى صاحب النافع اذا قالت لزوجها لست لى بزوج فقال صدقت ينوى طلاقها يقع عند أبى حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست أو ما أنت امرأتى أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية والغياه ويتصل بالكنايات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا أو عتاقا على ما لايستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لايقع نوى به أو لم ينو وكذا

وعن أبى يوسف انه اذا قال فى حالة الغضب لاملك لى عليك ولاسبيل لى عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم أنو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه أربعة ألفاظ وقيل خمسة ألفاظ خامسها الحقى بأهلك ألحقها أبو يوسف بالخمسة المذكورة المتحملة للسب من حيث احتمالها السب فان قوله لاملك لى عليك يحتمل أن يكون معناه لانك أقل من أن تنسبى الى ملكى أو أنسب اليك بالملك ولاسبيل لى عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشر فيك وخليت سبيلك لقذارتك وفارقتك فى المضجع لقذرك وعدم نظافتك والحقى باهلك لانك أوحش من أن تكونى خليلتى

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح

اذا كتب على لوح أو حائط أو أرض أو في كتاب الا انه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوي فيه كالكلام المكني لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب مثله لتجربة الخط فان كان صحيحا بين نيته بلسانه وان كان أخرس يبين نيته بكتابته هذا اذا لم يكن خطابا أو رسالة فان كان على رسم الرسالة بان كتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق أو أنت حر أو اذا وصل اليك كتابي فأنت طالق فانه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال أنت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة بخلاف ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كتابي فأنت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وأنفذه وأسطره باقية وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الائمة الثلاثة وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محا ماسوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل اليها لا يقع فبني على ان الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا تكون كتابا وفيه نظر وما قيل من انه لو محا أكثر ما قبله فأرسله لا يقع أبعد من الاول اذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر كثرة الحوائج وليس الامر كذلك ولو كتب الصحيح الى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى ان كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ولو كتب اليها أما بعد أنت طالق ان شاء الله تعالى ان كان موصولا بكتابته لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب ان شاء الله يقع الطلاق لان المكتوب الى الغائب كالملفوظ كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي والخلاصة وفيها معزوا الى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر أو أمر غيره حين كتب ولم يمل هو فأتاها الكتابان طلقت تطليقتين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا لو وصل أحدهما تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب وأما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتان قضاء لا ديانة الا ان ينوي به طلاقا آخر وكل ما ذكرناه ثابت في حق الاخرس نحو ان كان يكتب وانما يعرف ذلك منه بان يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية فان كان لا يكتب وله اشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك أو شككنا فيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في جميع ذلك انه باطل لانه لا يتكلم وقد ذكر المصنف أحكام الاخرس في هذه في آخر الكتاب (**قوله** ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق) والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولا حاجة الى اثبات الاول بانها كنايات عنه حتى أريد هو بها ليدفع بأن كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفي بالاتفاق على ان الواقع طلاق والثاني بالنص فان قيل النص إنما أفاد الرجعة بالطلاق الصريح منعناه لان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتهن أحق بردهن أعم من الطلاق الصريح وغيره لان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها أعني نص الافتداء لما عرف من ان الافتداء لا يتحقق الا بالبينونة والا يذهب مالها ولا يفيد والحاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال أو ثلاثا واستدل المصنف بقوله ولنا ان تصرف الابانة صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا أثبتها بقوله الحاجة ماسة الى اثبات

قال (ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا) وهو مذهب عامة الصحابة (وقال الشافعي يقع بها رجعي) وهو مذهب عمر وابن مسعود (لان الواقع بها طلاق) واحد (لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية) والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد (والطلاق يعقب الرجعة كالصريح) فانه انما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا

(ولنا ان تصرف الابانة صــدر عن أهله مضافا الى محــله عن ولاية شرعية) وكل ماصدر من أهله كذلك كان صحيحا لامحالة اما الاهلية فلا خفاء فيــه لان الكلام في الاهل وأما المحليــة فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق وأما الولاية الشرعيــة فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهومساس الحاجــة الى اثباتها دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصــنف أحدهما قوله (كى لا ينســد باب التدارك) والثانى قوله (ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد) وقوله (باب التدارك) أى تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لولم يقع البينونة عنــد نيته عسى توقع المرأة عليــه نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعــة والزوج يريد فراقها كذا فى النهاية وفى هــذا كماترى جعــل الوجهين وجها واحــدا لانه بعينه تفسير الوجه الثانى فان جعلت الثانى تفســير الاوّل بالعطف فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعــة من غير قصد لا يستقيم على مــذهبه واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى أن يفسر قوله

كى لا ينســد باب التدارك بان الرجــل قد يكون نافرا عن المرأة جــدا بسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحــل له الرجوع ثم يبدو له فلولم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بالاستحــلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتــدارك بتجــديد النكاح وأما الوجه الثانى فتفســيره ماذكره صاحب النهاية ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الابانة قد صدر من أهله الخ فيكون صحيحا والمــدعى ان هذا التصرف تصرف ابانة فلابد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من أهله والجواب ان هذا الدليــل يدل على أن الابانة التى يمكن بها التدارك ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غــير قصد محتاج اليها لابد منها وهو لا يمكن أن تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين أن تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة

ولنا ان تصرف الابانة صدر من أهله مضافا الى محــله عن ولاية شرعيــة ولا خفاء فى الاهليــة والمحليــة والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كى لا ينفســد عليــه باب التــدارك ولا يقع فى عهــدتها بالمراجعــة من غير قصد

الابانة كى لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بأن المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهــذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتــة دفعا لحاجتــه لانه لو أبانها بالثلاث عصى ولو طلقها رجعيا ربما تتراءى له مصلحــة فى الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا او ثالثا فيؤدى الى استيفاء العدد وهو حرام وفيه ينســد باب التدارك فشرع له الابانة على وجــه يمكنــه التــدارك لبقاء المحليــة حتى لو بدا له أمكنه التزوج ولا يخفى بعــده عن اللفظ والاوجــه فى هذه العبارة هكذا قــد يحتاج الى الابانة والثلاث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم ان تشرع له الابانة على هــذه الصــفة يعنى شرع الواحــدة البائنة والاقرب الى اللفظ ماقيــل انه قد يحتاج الى الابانة كى لا يقع فى الرجعة بغير قصد منه بأن تفجأه المرأة فتقبله بشهوة فيصــير مراجعا وهو لا يريدها فيحتاج الى طــلاق ثان وثالث فينســد باب التــدارك فهو لاجــل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كى لا تفوت هــذه المصلحــه ودفع بأن هــذه مصلحة وثبوت التمكن من اعادتها اذا ظهــر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع ان الانسان محــل التغــير مصلحة أخرى أكيدة إذ كثــيرا ما يقع ذلك بل وقوعــه بالمشاهــدة أكثر من وقوع طــلاق لم تدع النفس بعده الى مراجعــة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصــل له ضرر شديد وهــذه لا تترتب إلا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعيــة الابانة بيسير من الاحتراس من فجأتها مقبــلة ونحوه فكان اعتبار منع الابانة أجلب للمصلحــة من غــير تفويت المصلحة الاخرى فان أردت تخصيص نص اعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء نصا لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ولم يلزم لان حاجته الى الخــلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الابانة على وجه لا يعقب النــدم لتركها بعد الرجعة حتى تنقضى العدة أو تفريق الثلاث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجتــه على شرعيــة الواحــدة البائنة ولذا رجحنا كراهة الواحدة البائنــة فى أوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا سبب تحقق الحاجة إلى الابانة من الفطام هذا ولا يخفى ان المعنيين أعنى عدم انسداد باب التدارك وباب

قال المصنف (ولنا ان تصرف الابانة الخ) أقول ولابد فى هــذا المقام من المراجعــة الى ماذكره العلامــة ابن الهــمام لينجلى عليك غياهب الاوهام (قوله وأما المحلية فثابتة) أقول كما فى الخلع والطــلاق على مال بالاتفاق (قوله دال على ولاية الابانة بوجهــين الخ) أقول وانت خبير انه لا يستقل واحد من ذينك الوجهين باثبات المطلوب فالوجه عــدهما وجها واحدا كما لا يخفى (قوله فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصــد لا يستقيم على مذهبه الخ) أقول فيه بحث فانه لا حاجة الى جعل الكلام الزاميا ولو صح ماذكره يلزم فساد النكتة لا محالة اذ لزوم المطلوب من المجموع فتأمــل (قوله ولقائل أن يقول هــذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة الى قوله فلابد من اثباته الخ) أقول فيــه بحث اذ يعلم ذلك من

وقوله (وليست كنايات على التحقيق) جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكناية عن الطلاق الصريح انما تكون كالصريح فى العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل فى حقائقها (وقوله والشرط تعين أحد نوعى البينونة) جواب عن قوله ولهذا يشترط النية وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعين أحد نوعى البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق يعنى النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد وقوله (وانتقاص العدد) جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ماهو كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة

وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل فى حقائقها والشرط تعين احد نوعى البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

الرجعة اذا تغير رأيه من باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة والوجه فى الاستدلال أن يقال لما أثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد أثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان أى المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فانه غير مكروه وأيضا لفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بفم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وأيضا خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم منه مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد أخرج منه ذلك وحين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة ثبت أيضا اخراج الواحدة البائنة بلا مال لان شرع الايقاع به هو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلاث شرعا به تحليفه صلى الله عليه وسلم أبا ركانة حين طلقها البتة انه ما أراد الا واحدة وشرح قوله وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل فى حقائقها يعنى لا تردد فى المراد القطع بأن معنى بائن الحقيقى الذى هو ضد الاتصال مراد وكذا البت والبتل القطع والتردد انما هو فى متعلقها أعنى الوصلة وهى أعم من وصلة النكاح والخيرات والشر فاذا تعين بالنية عمل بحقيقته وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد فى كونه بالنسبة اليه أو الى غيره من الرجال فاذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وانما أطلق عليه كناية مجازا للتردد فى ذلك المتعلق الذى به يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوى المجاز بل قد تكون حقيقة لانها بتعدد المعنى وقد تكون حقيقة فيهما وقد حقق فى نحو طويل النجاد وكثير الرماد ان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل ليعبر منه الى طول القامة وكثرة الاضياف فالوجه أن يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازا عن الطلاق وتحقيقه أنه مشترك معنوى من قبيل المشكك فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فاذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمرو وغيرهما والوجه أن يقول انها عوامل بحقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه وهذا لان نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو بالبينونة وكذا وهبتك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة أعنى التمليك فهو مجاز عن رددتك على ما قدمناه وقياس الباقى سهل وبهذا ظهر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها هى معنى اللفظ الدائر فى الافراد وهى متنوعة الى غليظة وهى المترتبة على الثلاث وخفيفة كالمترتبة على الخلع فأيهما أراد صح ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثا وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعا لازم أعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع به الطلاق حينئذ معناه يقع لازم لفظ لكنه مجاز على ما ينادى عليه كلامه (قوله وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعين أحد نوعى البينونة الغليظة والخفيفة الخ) أقول فيه بحث فان المستفاد من كلامه ان البينونة النكاحية تحصل لا محالة بحقيقة كلامه والتردد فى الغليظة والخفيفة وليس كذلك والوصح لحصلت البينونة الخفيفة فى حالة الرضا بلا نية لانها الادنى المتيقن بل مراد المصنف من أحد نوعى البينونة عن وصلة النكاح فالنوع الآخر البينونة عن غيرها فليتأمل (قوله كما لا تصح فى قوله أنت طالق لانه عامل بنفسه) أقول فيه ان عدم صحة النية ليس لكونه عاملا بنفسه بل لعدم قابلية الطلاق الذى هو صفة المرأة كذلك كما سبق

بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا وقوله (وانما تصح نية الثلاث) جواب عما يقال لو كانت عوامل فى حقائقها لما صح نية الثلاث فى قوله أنت بائن مثلا كما لا تصح فى قوله انت طالق لانه عامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث انه عامل فى حقيقته بل من حيث تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن

قوله وليست كنايات الخ (قوله وتقريره ان الكناية عن الطلاق) أقول قيل بل تقريره لا نسلم انها كنايات عن الطلاق حقيقة فانها عوامل فى حقائقها فاطلاق الكناية عليها مجاز وفى ظاهر تقرير الشارح قبول كونه كناية عن الطلاق الصريح وفيه ما فيه ويجوز أن يجاب عما ذكر لا فساد فى ذلك فان الامر كذلك

(ولاتصح نية الثنتين عنـدنا خـلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل) يعنى فى أوائل باب ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا الخ وقوله (وان قال لها اعتدى اعتدى اعتدى) وقال نويت بالاولى طلاقا وبالثانيـة حيضا دين فى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيأ لم يقع شئ نوى بالاولى طلاقا لاغير وقع ثلاث نوى بالثانية طلاقا لاغير وقعت واحدة نوى بالاولى حيضا لاغير وقعت ثلاث نوى بالثانية حيضا لاغـير وقعت ثنتان نوى بالثالثة حيضا لاغير وقعت واحدة نوى بالاولى طلاقا و بالثانية حيضا لاغـير وقعت ثنتان نوى بالاولى طلاقا و بالثالثة حيضا لاغـير وقعت ثنتان نوى بالثانية طلاقا و بالثالثة حيضا لاغير وقعت واحدة نوى بالاولين طلاقا لاغير وقعت ثلاث نوى بالاخرين طلاقا لاغـير وقعت ثنتان نوى بالاولين حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالاخرين حيضا لاغير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا لاغـير وقعت ثلاث نوى بالاولى والثالثة حيضا لاغير وقعت ثنتـان نوى بالاولى والثانيـة طلاقا و بالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثـة طـلاقا و بالثانيـة حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانيـة والثالثـة طلاقا و بالاولى حيضا وقعت ثلاث نوى بالاولى والثانيـة حيضا و بالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا و بالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا و بالاولى طلاقا وقعت واحدة وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق

بالاول

ولاتصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل (وان قال لها اعتدى اعتدى اعتدى وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقى حيضا دين فى القضاء) لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته فى العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له (وان قال لم أنو بالباقى شيأ فهى ثلاث) لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهـذه الدلالة فلا يصدق فى نفى النيـة بخلاف ما اذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شئ لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليـين حيث لا يقع الا واحـدة لان الحال عند الاولين لم تكن حال مـذاكرة الطلاق

الطلاق شرعا وانتقاص عدده هو بتعدد وقوع ذلك اللازم واستكماله فى ذلك و بارسال لفظ الثلاث بل معنى وقع الطلاق وقع اللازم الشرعى لانه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما أسلفناه فى فاتحـة كتاب الطـلاق فارجع اليها فالواقع بالكناية هو الطـلاق بلا تأويل وتقرير المصـنف أن الواقـع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة وهـذا جواب عن قول الشافعى و ينتقص به وهو بناء على انه غيره وأنت تعلم انه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها فى الفسوخ مع عدم الطلاق والجواب ان زوال الوصلة لابدأن يستعقب فى غير الفسخ النقصان والاتفاق على ان الثابت بالكناية ليس فسخا فلزمه نقصان العدد (قوله ولاتصح نية الثنتين) أى بالكنايات عندنا خلافا لزفر وقد بيناه من قبل فى باب ايقاع الطلاق فى التطليق بالمصدر (قوله ولو قال لها اعتدى اعتدى اعتدى) هذه المسئلة تحتمل وجوها أن ينوى بكل من هذه الالفاظ طلاقا أو بالاولى طلاقا لاغير أو بالاولى حيضا لاغير أو بالاولين طلاقا لاغير أو بالاولى والثالثـة طلاقا لاغير أو بالثانية والثالثـة طلاقا و بالاولى حيضا وفى هذه الوجوه الستة تطلق ثلاثا أو ينوى بالثانيـة طلاقا لاغير أو بالاولى طلاقا و بالثانية حيضا لاغير أو بالاولى طلاقا و بالثالثـة حيضا لاغير أو بالاخرين طلاقا لاغير أو بالاولين حيضا لاغير أو بالاولى والثالثة حيضا لاغير أو بالاولى والثانية طلاقا و بالثالثة حيضا أو بالاولى والثالثة طلاقا و بالثانية حيضا أو بالاولى والثانية حيضا و بالثالثة طلاقا أو بالاولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا أو بالثانية حيضا لاغير وفى هذه الاحد عشر تطلق ثنتين أو ينوى بكل منها حيضا أو بالثالثة طلاقا لاغير أو بالثالثة حيضا لاغير أو بالثانية طلاقا أو بالثالثة حيضا لاغير أو بالثانية والثالثة حيضا و بالاولى طلاقا أو بالاخرين حيضا لاغير وفى هـذه الوجوه الستة تطلق واحـدة أو لم ينو بكل منها شيأ فلا يقع فى هذا الوجه شئ والاصـل انه اذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق فى عدم نية شئ بما بعدها و يصدق فى نيـة الحيض لظهور الامر باعتـداد الحيض عقيب الطلاق واذا لم ينو الطلاق بشئ صح وكذا كل ما قبل المنوى به أو نية الحيض بواحـدة غير مسبوقة بواحـدة منوى بها الطلاق يقع بها الطلاق وتثبت بها حالة المـذاكرة فيجرى فيها الحكم المذكور لها بخـلاف ما اذا كانت مسـبوقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الطلقة الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق ولا يخفى التخريج بعد هذا وان هـذا فيما اذا كان الخطاب مع من هى من ذوات الحيض فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت

(قال المصـنف حال مـذاكرة الطلاق) أقول قد ظهر مما ذكر ان حالة مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال وهو خـلاف ما قدموه من انها حال سؤالها أو سؤال الاجنبـى طلاقها بل هى أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع (قال المصـنف فتعين الباقيان) أقول من قبيل اطلاق الجمع على المثنى

وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية انما يصدق مع اليمين لانه أمين فى الاخبار عما فى ضميره والقول قول الامين مع اليمين

بالاول طلاقا و بالباقى تربصا بالاشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التأكيد كانت طالق طالق طالق لا قضاء لانه خلاف الظاهر وعلمت ان المرأة كالقاضى لايحل لها أن تمكنه من نفسها اذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه وقد ظهر بما ذكران حال مذاكرة الطلاق لا تقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدموه من انها حال سؤالها أو سؤال أجنبى طلاقها بل هى أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع ثم على هذا لقائل أن يقول المذاكرة التى تصير الكناية معها ظاهرة فى الايقاع انما هى سؤال الطلاق لان ذكر الكناية الصالحة للايقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر فى قصد الايقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم ارادة الطلاق بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بايقاع الطلاق مرة فان الايقاع مرة لا يوجب ظهور الايقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا فى الايقاع حتى لا يقبل قوله فى عدم ارادته بالكناية (قوله وفى كل موضع يصدق الزوج فى نفى النية انما يصدق مع اليمين الخ) قدمنا بيانه ونقله من الكافى للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الالزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين والاقرب انه لنفى التهمة أصله حديث تحليف ركانة المتقدم ﴿فروع﴾ طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنة صارت بائنة وقال محمد لا تكون الا رجعية ولو قال جعلتها ثلاثا صارت ثلاثا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا تكون الا واحدة لان الواحدة لا تكون ثلاثا ولمحمد فى الاول ان جعله الواحدة الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه قلنا يملك البائن لما ذكرناه قريبا لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فاذا أبانها التحقت بأصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان مالكا لاصله و وصفه وملك الحاق وصفه بأصله كتنفيذ عقد الفضولى واعلم ان الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن يلحق الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع أنت طالق يقع الطلاق عندنا خلافا للشافعى ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال ان دخلت فأنت بائن ينوى الطلاق ثم أبانها فدخلت فى العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعنى الخلع ثم قال تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن أبى سعيد الخدرى عنه صلى الله عليه وسلم المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة وهنا القيد الحكمى باق لبقاء أحكام النكاح وانما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف فى المحل كالحيض ولهذا لحق البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع وأما عدم لحوق البائن البائن فلامكان جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضرورى حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغى أن يعتبر وتثبت الحرمة الغليظة لانها ليست ثابتة فى المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن انها ثابتة فتجعل انشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلناه لانه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبرا حين صدر وأورد عليه ان مثله لازم فى أنت طالق أنت طالق فلزم أن لا يلحق الصريح أجيب بأنه لا احتمال فيه لان أنت طالق متعين للانشاء شرعا ولو قال أردت به الاخبار لا يصدق قضاء وفى مسئلتنا لم يذكر أنت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذى وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع و يقع المعلق بعد المعلق وقد عرف من استدلالهم الذى أطبقوا عليه ان المراد من البائن الذى لا يلحق ما هو بلفظ الكناية لانه هو الذى ليس ظاهرا فى انشاء الطلاق و به يقع الفرق بين الصريح أنت طالق أنت طالق وأنت بائن

(وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية انما يصدق مع اليمين لانه أمين فى الاخبار عما فى ضميره والقول قول الامين مع اليمين) والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

ولانهم جعلوه مقابل الصريح ولا يقابله البائن الا اذا كان كناية لان الصريح أعم من البائن لانه
ما لا يحتاج الى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا والكناية ما يحتاج اليها غير انه لا يقع بها في غير الالفاظ
الثلاثة اعتدي استبرئي رحمك أنت واحدة الا بائن وفي الخلاصة نقلا من الزيادات الذي يلحق البائن
لا يكون رجعيا والصريح يلحق البائن وان لم يكن رجعيا وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا لانه
لا يتصور لان البينونة السابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بابانة ماذكر من انه اذا أبانها
ثم قال لها أنت طالق بائن يلغو بائن هو لما ذكرنا من عدم تصور الرجعة فكان ذكره وتركه سواء وما زاد في
تعليل الالغاء في هذه المسئلة في الحاوي من قوله يلغو تصحيحا لكلامه لا معنى له وعلى مجرد الالغاء اقتصر
في الخلاصة ومحله ماذكرنا وعلى هذا فما وقع في حلب من الخلاف في واقعة وهي ان رجلا أبان امرأته
ثم طلقها ثلاثا في العدة الحق فيه انه يلحقها لما سمعت من ان الصريح وان كان بائنا يلحق البائن ومن ان
المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما يوجبه الوجه وفي الحقائق لو قال ان فعلت كذا فحلال
الله على حرام ثم قال هكذا لامر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين
ينبغي أن يقع آخر وقال هذا ينبغي أن يحفظ ﴿ تتمة ﴾ في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو
مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما
لان البينة تكذبهما ولو شهدا انه طلق احدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة ولو شهدا انه طلق
إحداهن بغير عينها ألزمناه الايقاع على احداهن استحسانا وفي القياس هو كالاول ولو شهد شاهد على
طلقتين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبي حنيفة وعندهما تجوز على طلقتين
وتأتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة واذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة
القاضي أن يضعها على يد عدل حتى تأتي بالآخر لا يفعل ويدفعها الى زوجها فان كان الطلاق بائنا
وادعت ان بقية الشهود بالمصر وشاهدها عدل فان أجلها ثلاثة أيام وحال بينها وبين زوجها حتى
ينظر ما تصنع في شاهدها الآخر فهو حسن وان دفعها للزوج لا بأس به ولو شهد أحدهما انه طلقها ثلاثا
والآخر انه قال أنت علي حرام ينوي الطلاق فهي باطلة وكذا لو شهد أحدهما انه طلقها ان دخلت الدار
وانها دخلت والآخر انه طلقها ان كلمت فلانا وانها كلمته وكذا ان اختلفا في ألفاظ الكنايات وكذا في
مقادير الشروط التي علق عليها في التعليق والارسال ومقادير الاجعال وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها
واذا شهدا انه قال ان دخلت فلانة الدار فهي طالق وفلانة معها والآخر انه قال وحدها وقد دخلت
ففلانة تطلق وحدها لانهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ولو شهد واحد على تطليقة بائنة
وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا اذا شهد على تطليقة والآخر على واحدة
وواحدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف والاصل عنده انها في العطف
تصح في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مرادفه بخلاف البائن فلذا لا تقبل شهادة أحدهما على
واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لان الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحدة ولا بمرادفها وسيأتي
هذا الاصل في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهدا انه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على انه سمى
الاولى فقط جازت على الاولى ولو شهد انه قال طالق الطلاق كله والآخر على انه قال بعض الطلاق
لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهد انه قال طالق والآخر انه أقر بالطلاق جازت
وكذا ان اختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بان شهدا انه طلقها يوم النحر بمكة والآخر انه طلقها في ذلك
اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب أحدهما ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الايام قدر
ما يسير الراكب من الكوفة الى مكة جازت شهادتهما ولو شهد اثنان انه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة
والآخران انه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت احدى البينتين فقضى بها ثم جاءت

لما فرغ من تصرف نفس الرجل فى الطلاق شرع فى بيان التصرف الحاصل فيه من غيره فى باب على حدة وأخره لان الاصل تصرف المرء لنفسه ﴿فصل فى الاختيار﴾ هذا الباب ثلاث فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح وحاصله

﴿باب تفويض الطلاق﴾

﴿فصل﴾ فى الاختيار (واذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق أو قال لها طلقى نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك فان قامت منه أو أخذت فى عمل آخر خرج الامر من يدها) لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع

الاخرى لم يلتفت اليها واذا قال الرجل لامرأتيه أيتكما أكلت هذا فهى طالق فجاءت كل بيينة انها أكلته تطلقان جميعا وان جاءت احداهما ببينة فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها وان كانتا أكلتا لم تطلقا

﴿باب تفويض الطلاق﴾

﴿فصل فى الاختيار﴾ لما فرغ من بيان الطلاق وولاية المطلق نفسه شرع فى بيانه بولاية مستفادة من غيره وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الامر باليد وبلفظ المشيئة (قوله اذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق) يعنى ينوى تخييرها فيه (أو قال لها طلقى نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك) وان طال يوما أو أكثر ولم يتبدل بالاعمال (فان قامت منه أو أخذت فى عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم) قال ابن المنذر واختلفوا فى الرجل يخير زوجته فقالت طائفة أمرها بيدها فان قامت من مجلسها فلا خيار لها رويناهذا القول عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم أجمعين وفى أسانيدها مقال وبه قال جابر بن عبد الله وقال به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبى والنخعى ومالك وسفيان الثورى والاوزاعى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وفيه قول ثان وهو ان أمرها بيدها فى ذلك المجلس وفى غيره وهذا قول الزهرى وقتادة وأبى عبيد وابن نصر وبه نقول ويدل على صحته قول النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك وحكى صاحب المغنى هذا القول عن على فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن على لم تستقر فقد روى عنه كقول الجماعة ولذا نص فى بلاغات محمد رحمه الله انه قائل بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم فى الرجل يخير امرأته ان لها الخيار مادامت فى مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم وأين من نقل عنهم من التابعين القول الاول ممن نقل عنهم الثانى وقوله فى أسانيدها مقال لا يضر بعد تلقى الامة بالقبول مع ان رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة وأما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة لا تعجلى الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهى ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها ألا ترى الى قوله تعالى فى الآية التى هى سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا (قوله ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعى جوابا فى المجلس) أورد

ان فيه قياسا واستحسانا القياس يقتضى أن لا يقع بهذا شئ وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسى أو اخترت نفسى منك لا يقع شئ ومن لا يملك شيأ لا يملك تمليكه لغيره لكن استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة روى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة انهم قالوا اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار مادامت فى مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع وقوله (ولانه تمليك) دليل معقول على أن الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس كما فى البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس أن لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأبيد يتأبد لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة والمصنف جعله كالبيع فى كونه تمليكا ثم لا يخلو اما أن يكون البيع مما يتأبد أو مما لا يتأبد فان كان الاول بطل

(قال المصنف ينوى بذلك الطلاق) أقول أى تفويض الطلاق فالمضاف محذوف (قوله وهو مخالف لما ذكر الخ) أقول يجوز أن يكون ما ذكره المصنف وجه الاستحسان فلا مخالفة بينهما حينئذ

القياس أعنى قياس المصنف التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثانى كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ماذكره صاحب النهاية ثم فرق بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضى أن يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل يقتضى أن يكون الوكيل عاملا لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا وأورد على ذلك شبها أحدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه فى ابراء ذمته عن الدين والدليل على أنه وكيل عدم الاقتصار على المجلس ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثانية ان التخيير لو كان تمليكا توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلقى نفسك ثم حلف أن لا يطلق وطلقت هى نفسها حنث الزوج فى يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث وأجاب عن الاول بما حاصله أن تصرف المديون لنفسه وقع فى ضمن صحة وكالته والضمنى غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز أن يقال مثله فى التخيير بانها تعمل لنفسها فى ضمن صحة وكالتها وكذا بقية كلامه فى الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره (وأقول) التمليك هو الاقرار الشرعى على محل التصرف والتوكيل هو الاقرار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية أن التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور فى الزيادات ثم ان المرأة اما أن تختار زوجها أو نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شئ وقال على رضى الله عنه تقع تطليقة رجعية كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما انه لا يقع فى ذلك شئ قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فهى واحدة بائنة عندنا وهو قول على لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك فى البائن ولا يقع ثلاث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم

لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر

لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق فى ذلك المجلس لاستحالة كون الشئ مملوكا كله لا كثر من واحد فى زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وأيضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقى نفسك ثم حلف أن لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نص محمد على انه يحنث وهو يقتضى أن تكون نائبة عنه لا مالكة وأيضا يصح عندنا توكيل المديون بابراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بانها عاملة لنفسها وأجيب بأن المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره بحيث لا يلحقها اثم على نفس الفعل ولا خلف فى عدم فعله بخلاف الوكيل فانه مخلف ان لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تمليك الفعل هكذا ولزوم انتفاء الملك بالتمليك فى الاعيان لا فى ملك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كملا وهو الاقتصاص ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد والمنع مذكور فى الزيادات لصاحب المحيط وأما المديون فوكيل وانما وقع عمله فى الابراء لرب الدين باعتبار أمره وثبت أثر التصرف لنفسه فى ضمنه وهو فراغ ذمته وفى هذا نظر نجريه فى تطليقها نفسها بأن يقال هى وكيلة فهى فى نفس فعل الايقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مملكا لم يصح لانتفاء لازمه لان للدائن أن يرجع قبل الابراء وسنذكر ما هو الاوجه واعلم ان الجواب الذى يستدعيه التمليك هو القبول فى المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ولهذا قال فى الذخيرة ان هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس ان كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان هذا التمليك بخصوصه لا يستدعى الجواب الذى يتم به التمليكات ولكونه تمليكا يتم بالمملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق لانه اعتبار يمكن فى سائر الوكالات لتضمنها معنى ان بعته فقد أجزته والولايات لتضمنها إذا حكمت بين من شئت فقد أجزته فكان يقتضى أن لا يصح الرجوع والعزل فيهما فلا حاجة اليه لهذا المعنى لابتنائه على ماذكرنا

لكن

(قوله أعنى قياس المصنف التخيير على البيع لانه الخ) أقول ضمير لانه راجع الى التخيير قال المصنف (لان ساعات المجلس) أقول هذا تعليل لثبوت خيار المجلس لها كما لا يخفى قوله (وهو لا يصح) أقول ولك ان تمنع ذلك فى الافعال قوله (وقع فى ضمن صحة وكالته الخ) أقول أى فى ضمن عمله للموكل بحكم الوكالة حيث يحصل له الثواب بهذا الابراء بخلاف الاختيار فلا يتجه حينئذ ما أورده الشارح فليتأمل (قوله والجواب عن الثانية الخ) أقول فيه بحث اذ ماذكره يجرى فى ان يوجد التمليك والتملك ولا يحصل الملك للتملك كما لا يخفى (قوله قالت عائشة رضى الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم) لم يكن التخيير الذى فيه الكلام وهو ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا يرى الى قوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ففى صحة النقل كلام وسيجىء زيادة كلام متعلق بالمقام

اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لابد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره (فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة) والقياس أن لا يقع بهذا شئ وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن (ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك) لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع

لكن إذا كان الملك يثبت فيه بالمملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ماوراء المجلس بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التي يثبت الملك عندها وانما خالفها بما ذكرنا وباعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه اجماع الصحابة واعلم ان الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق أما لو قال طلقي نفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره واذا فوض وهي غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في ذلك اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت يخرج الامر من يدها وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس وليس للزوج ان يرجع قبل انقضاء المجلس لانه بمعنى اليمين إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ماهو التحقيق (قوله اذ مجلس الخ) لو كان يتحدثان فأخذا في الاكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الاكل فلو انتقلا الى المناظرة انقضى مجلس الاكل وجاء مجلس المناظرة ولو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها لان العطش قد يكون شديدا يمنع التأمل ولبس الثوب قد يكون لتدعو شهودا بخلاف مالو أكلت مالبس قليلا أو امتشطت أو أقامها الزوج قسرا فانه يخرج الامر من يدها لظهور الاعراض به ووجه بأن في الاقامة انها يمكنها ممانعته في القيام أو تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الاعراض وكذا إذا خاضت في كلام آخر قال تعالى حتى يخوضوا في حديث غيره أفاد انه اعراض عن الاول (قوله ثم لابد من النية) أي نية الطلاق في قوله (اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها) بالاقامة على النكاح وعدمه (ويحتمل تخييرها في غيره) من نفقة أو كسوة فاذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه أما إذا اخبرها بعدما ذكر الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم أنو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا إذا كانا في غضب أو شتيمة واذا لم يصدق في القضاء لا يسع المرأة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل (قوله والقياس ان لا يقع بها شئ) لان التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة لو قال اخترت نفسي منك أو اخترتك من نفسي ناويا لا يقع الا انا استحسنا الوقوع باختيارها باجماع الصحابة رضي الله عنهم (قوله ولانه بسبيل الخ) ظاهره انه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضي ذلك وانما يقتضي جواز اقامتها مقامه في الفراق ولا تلاقي بينهما بل يقتضي ان لا يقع به لان اقامتها مقام نفسه فيما عليه ولا يملك الايقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس (قوله ثم الواقع بها بائن) روي عن زيد بن ثابت انه ثلاث وبه أخذ مالك في المدخول بها وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمر وابن عباس وابن مسعود واحدة رجعية وبه أخذ الشافعي وأحمد وثبت عن علي رضي الله عنه ان الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغايتين ورجح قول عمر وابن مسعود بأن الكتاب دل على ان الطلاق يعقب الرجعة الا ان تكون الطلقة الثالثة وأنت علمت انه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم اخراج الطلاق بما دل على البينونة من الالفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها يفيد ملكها

(وقوله ولابد من ذكر النفس فى كلامه أو كلامها) قال فى النهاية هذا ليس بمختص بذكر النفس فى حق ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة كما تقع عند ذكر النفس فى أحد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس فى أحد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح وقوله (حتى لو قال لها اختارى فقالت اخترت فهو باطل) قيل هذا اذا لم يصدقها الزوج بانها اختارت نفسها أما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله (ولا تعيين مع الابهام) يعنى ان اختارى من الكنايات يحتمل معنيين فلابد من التعيين ولا تعيين مع الابهام وقوله (ولو قال اختارى نفسك) ظاهر وقوله (فيتضمن اعادته) أى اعادة كلامه فكأنها قالت اخترت ما أمرتنى باختياره وهو النفس وقوله (وكذا لو قال اختارى اختيارة بيان ما يقوم مقام النفس فى التفسير (لان الهاء) أى التاء (فى الاختيارة تنبئ عن الاتحاد) لكونها للمرة والاتحاد انما يكون فى اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختارى نفسك بتطليقة (ويتعدد أخرى) بان قال لها اختارى نفسك بما شئت أو بثلاث (فصار مفسرا من جانبه) بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد

قال (ولابد من ذكر النفس فى كلامه أو فى كلامها حتى لو قال لها اختارى فقالت قد اخترت فهو باطل) لانه عرف بالاجماع وهو فى المفسرة من أحد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم الآخر ولا تعيين مع الابهام (ولو قال لها اختارى نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة) لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته (وكذا لو قال اختارى اختيارة فقالت اخترت) لان الهاء فى الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة و يتعدد أخرى فصار مفسرا من جانبه

نفسها إذا اختارته الا انه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة والا لم تحصل فائدة التخيير اذا كان له ان يراجعها شاءت أو أبت وقد روى الترمذى عن عبد الله بن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روى عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجح بما ذكرنا قول على وعمر وابن مسعود ثم هو غير متنوع لانه انما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث فى قوله اختارى وان نواها بخلاف التفويض بقوله أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لان الامر شامل بعمومه لمعنى الشأن الطلاق فكان من أفراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس باجماع الصحابة واجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل أى بائن ونحوه لان الوقوع مقتضى نفس الالفاظ ومقتضاها البينونة وهى متنوعة وفيه نظر لانتفاء اجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلاث قولا بكمال الاستخلاص (قوله ولابد من ذكر النفس فى كلامه او كلامها) يعنى أو ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة وكذا إذا قالت اخترت أبى وأمى أو الازواج أو أهلى بعد قوله اختارى يقع لانه مفسر فى الازواج ظاهر وكذا أهلى لان الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت أهلى انما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا تطلق بقول الزوج الحق بأهلك بخلاف قولها اخترت قومى أو ذا رحم محرم لا يقع وينبغى ان يحمل على ما اذا كان لها أب أو أم اما إذا لم يكن ولها أخ ينبغى أن يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة إذا عدمت الوالدين وانما اكتفى بذكر هذه الاشياء فى أحد الكلامين لانها ان كانت فى كلامه تضمن جوابها اعادته كانها قالت فعلت ذلك وان كان فى كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة فى اللفظ العامل فى الايقاع فالحاجة معه ليس الا الى نية الزوج فاذا فرض وجودها تمت علة البينونة فتثبت بخلاف ما إذا لم تذكر النفس ونحوها فى شئ من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم إذ لفظه حينئذ مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختارى ما شئت من مال أو حال أو مسكن وغيره وأيضا الاجماع انما هو فى المفسر من أحد الجانبين والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا الامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل والا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلا كاسقنى وبهذا يبطل اكتفاء الشافعى وأحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ولو قال اختارى فقالت اخترت نفسى لا بل زوجى يقع ولو قدمت زوجى لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع فى الاول وخروج الامر من يدها فى الثانى ولو قالت اخترت نفسى أو زوجى لم يقع ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها الفا على ان تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة (قوله وكذا لو قال اختارى اختيارة الخ) يعنى ان ذكر الاختيارة فى كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها فلو لم تزد هى على اخترت وقعت بائنة ووجهه بأن الهاء فيها للوحدة واختيارها

قال المصنف (لانه عرف بالاجماع) أقول أى لان وقوع الطلاق بلفظ الاختيار قال المصنف (وهو فى المفسرة) أقول أى وقوع الطلاق بذلك اللفظ

نفسها

وقوله (ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي) ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكرها الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيارة (ولو قال اختاري فقالت أنا اختار نفسي فهي طالق والقياس أن لا تطلق لان هذا مجرد وعد) يعني ان أرادت الاستقبال (أو يحتمله) ان لم ترده (فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي) فانه لا يقع الطلاق بهذا (وجه الاستحسان حديث عائشة) وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال اني مخبرك بأمر فلا تجيبيني حتى تستأمري أبويك ثم أخبرها بالآية فقالت أفي هذا أستأمر أبوي لا بل اختار الله ورسوله والدار الآخرة واعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها وان كان على صيغة المضارع المحتمل الوعد (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال) والحقيقة يمكن أن تكون مرادة (كما في كلمة الشهادة) فان الرجل اذا قال أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال أشهد بكذا فلا يصار الى المجاز

(ولو قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج) لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه (ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق) والقياس أن لا تطلق لان هذا مجرد وعد أو يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل أختار الله ورسوله اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة وأداء الشاهد الشهادة

نفسها هو الذي يتعدد مرة بأن قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة ويتعدد أخرى بأن قال لها اختاري اختاري أو اختاري نفسك بثلاث تطليقات أو بما شئت فقالت اخترت يقع الثلاث فلما قيد بالوحدة ظهر انه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسرا فالزام التناقض بأنه أثبت هنا امكان تعدد الواقع ولو ثلاثا ونفاه فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع مندفع لانه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي ان لا يجوز بقولها اخترت اختيارة أو أهلي ونحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر وأما خصوص لفظ المفسر فمعلوم الالغاء واعتبار المفسر أعم منه حتى بقرينة غير لفظية يوجب ما ذكرنا من الوقوع بلا لفظ صالح ولو اختارت زوجها لا يقع شيء وعن علي تقع رجعية كأنه جعل نفس اللفظ ايقاعا لكن قول عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعدده علينا شيأ رواه الستة وفي لفظ في الصحيحين فلم يعدد يفيد عدم وقوع شيء (قوله فقالت أنا أختار نفسي) المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كاختار نفسي سواء ذكرت أنا أولا. ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلقي نفسك فقالت أنا أطلق حيث لا تطلق وكذا لو قال لعبده أعتق رقبتك فقال أنا أعتق لا يعتق وجه الاستحسان حديث عائشة في الصحيحين عنها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني ذاكر لك أمرا ولا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمري أبويك وقد علم ان أبوي لم يكونا يأمراني بفراقه ثم قال ان الله تعالى قال لي يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها الى قوله أجرا عظيما فقلت ففي هذا أستأمر أبوي فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت وفي لفظ مسلم بل اختار الله ورسوله واعتبره صلى الله عليه وسلم جوابا لا يقال قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس هذا المتكلم فيه بل انهن لو اخترن أنفسهن يطلقهن لان المقصود بالاستدلال به اعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام معناه في الحال وقول المصنف (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال) هو أحد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار جعله للحال خاصا أو مشتركا فالظاهر رجح هنا ارادة أحد مفهوميه أعني الحال بقرينة بكونه

(قوله يعني ان أرادت الاستقبال أو يحتمله ان لم ترده) أقول فيه تأمل فانه إذا لم يرد الاستقبال كيف يحتمل الوعد ولعل الاولى أن يقال مجرد وعد ان وضعت للاستقبال فقط على ما ذهب اليه بعضهم أو يحتمله ان كانت مشتركة قوله (بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها الى آخر الحديث) أقول فيه بحث لقدم توجهه ولك أن تقول لا تمس الحاجة في تصحيح التعليل الى جعل ما وقع في الحديث التخيير الذي فيه الكلام قال المصنف (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال) أقول أراد الحقيقة بحسب الوضع العرفي الطارئ على ما قالوا في اسمي الفاعل والمفعول فلا يخالف لما قاله النحويون من أنها مشتركة بين الحال والاستقبال فان ذلك بحسب الوضع الاصلي

(بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر) إذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قوله أطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه (ولا كذلك أختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها) لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لامحالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان أحد معنيي المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة الحال به اذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وأداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل (وأقول) بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصول أو وظيفة البيان وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل الينا من كتبهم وأهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لامحالة والقول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لان الاشتراك مخل بالفهم على ما عرف قال (ولو قال لها اختاري اختاري

فقالت قد اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية) وان كانت من الكنايات (لدلالة التكرار عليه

بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها أنا أختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة طلقت ثلاثا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ولا يحتاج الى نية الزوج (وقالا تطلق واحدة) وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه

اخبارا عن أمر قائم في الحال وذلك ممكن في الاختيار لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الاخبار كما في الشهادة وكلمة الشهادة بخلاف قولها أطلق نفسي لا يمكن جعله اخبارا عن أمر قائم لانه انما يقوم باللسان فلو جاز قام به الامران في زمن واحد وهو محال وهذا بناء على ان الايقاع لا يكون بنفس أطلق لانه لا تعارف فيه وقدمنا انه لو تعورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا ان تعورف لانه انشاء لا اخبار (قوله ولا يحتاج الى نية الزوج) ولا الى ذكر نفسها ذكره في الدراية لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق وهو التعدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد عدم الاحتياج اليها في القضاء حتى لو قال لم أنو لم يلتفت اليه ويفرق بينهما الا عدم الاحتياج اليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وان كرر وما في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بألف ينوي الطلاق فاشترط النية مع المال والتكرار فضلا عن أحدهما وهذا لما عرف أن الاحوال شروط لكن في شرح الزيادات لقاضيخان

قال المصنف (لانه ليس حكاية عن حالة قائمة الخ) أقول فان قيل لو صح ذلك لزم أن لا يكون أشهد في كلمة الشهادة وأداء الشاهد مرادا به الحال اذ لا يمكن أن يكون حكاية عن حالة قائمة فان الشهادة خبر يكون على مواطأة قلب قلنا هو حكاية عما في حيز أشهد لو من قولنا لا اله الا الله مع الاعتقاد لمضمونه وذلك القول وان كان موجودا بعد أشهد الا أن الاعتقاد القلبي وهو العمدة لما وجد حين التلفظ بلفظ أشهد وجزؤه الآخر يوجد عقيبه بلا فصل عد حالا على ما ذكر في أثناء التكلم على حديث المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا فراجعه (قوله ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه) أقول الاولى أن يعلل بعدم التغاير ولزوم مغايرة الحكاية المحكي وأما ما ذكره فلو صح يلزم أن لا تصح الحكاية عن الحالة المستقبلة فيه وعكن أن يأول تعليله بما قلنا ومراده ان الحكاية على أي وجه كانت تقتضي وجود المحكي على ذلك الوجه ان حالا فحالا وان استقبالا فاستقبالا (قوله وهذا كما ترى ليس بدافع الخ) أقول لا يخفى ان جواب صاحب النهاية جواب بتغيير الدليل ومثله الكتب مشحونة بل لنا أن نقول قول المصنف ولان هذه الصيغة الخ اشارة الى منع المقدمة القائلة في وجه القياس ان هذا مجرد وعد الخ مع السند فجواب صاحب النهاية حاصله ان ما ذكر كلام على السند الاخص فان تقريره يتكفل ببيان أخصية السند كما لا يخفى على المتأمل (قوله وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه) أقول فيه بحث فان المنقول من النحويين اشتراك الصيغة ولا شك انه بحث لغوي وهم من أئمة اللغة يعتمد عليهم في نقلها الا كونها حقيقة ومجازا فليتأمل

اذا الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام فالا الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد وكأنها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار الى بالكلمة الاولى والذى صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفى ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولابى حنيفة ان هذا وصف لغو لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان فان القوم اذا اجتمعوا فى مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر وانما الترتيب فى فعل الاعيان يقال هذا جاء أولا وهذا جاء آخرا وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه (١٠٥) الكلام الذى هو للترتيب وهو الاولى وأختها واذا الغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد أيضا لان الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا الغا فى حق الاصل لغا فى حق البناء واذا الغا فى حقهما بقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلاث وفيه نظر من وجهين أحدهما انه أطلق الكلام على الاولى أو الوسطى أو الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثانى ان الاولى اسم لفرد سابق فكان الافراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه والجواب عن الاول ان أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز أن يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثانى بان كلا من ذلك صفة والصفة ما دلت على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح ان الترتيب أصل والافراد من ضروراته لان الصفة لا تقوم الا بالذات التى لزمتها الفردية فى الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا (ولو قالت اخترت اختيارة فهى ثلاث فى قولهم جميعا) وهو واضح (ولو قالت قد طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة) يعنى فى جواب من قال اختارى

اذا الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجرى مجراها ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا الغا فى حق الاصل لغا فى حق البناء (ولو قالت اخترت اختيارة فهى ثلاث فى قولهم جميعا) لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد تقع الثلاث فمع التأكيد أولى (ولو قالت قد طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة

لو كرر فقال أمرك بيدك أمرك بيدك أو فأمرك بيدك أو وأمرك بيدك بالفاء أو بالواو فقالت اخترت نفسى وقال الزوج لم أنو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه وتحقق فى المسئلة خلاف بين المشايخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابى وغيرهما وشرط أبو معين النسفى النية مع التكرار كقاضيخان ومنهم من استشهد بما استشهدنا به فى لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو فى القضاء ولا يخفى بعده فى مسئلة الجامع الكبير لان ذكر المال ظاهر فى ارادة الطلاق فكيف يصدقه القاضى اذا أنكر ارادة الطلاق وأما ما فى الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما فى نفس الامر أى يشترط للوقوع ثبوت النية فى نفس الامر لان الاصل ان اثبات أجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب انما هو بالنسبة الى نفس الامر وليس كل ما يشترط فى نفس الامر يشترط للقضاء غير انا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضى من انه لو أنكر الطلاق بقوله لم أنوه فالقول قوله لانتهاض الوجه به لان تكرار أمره بالاختيار لا يصيره ظاهرا فى الطلاق لجواز أن يريد اختارى فى المال واختارى فى المسكن ونحوه وهو كاعتدى اعتدى حيث يصدقه فى انكار نية الطلاق لامكان ارادة اعتدى نعم الله ومعاصيك ونعمى وما فى البدائع لو قال اختارى اختارى فاختارت نفسها فقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقيتين التأكيد لم يصدق لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقى طلاقا ظاهرا ومثله فى المحيط ظاهر وقال فى الكافى فى مسئلة الكتاب قيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا فينبغى ان حذف النية فى الجامع الصغير كذلك (**قوله** ان ذكر الاولى وما يجرى مجراها ان كان لا يفيد من حيث الترتيب) يعنى هو فى نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة فان بطل الثانى فى خصوص هذا المحل لاستحالته فى المجتمع فى الملك أعنى الثلاث التى ملكتها بقوله اختارى ثلاث مرات اذ حقيقة الترتيب فى أفعال الاعيان كما يقال صام حج لم يجز ابطال الآخر فيجب اعتباره (**قوله** والكلام للترتيب) ذكر فى المبسوط لابى حنيفة وجهين أحدهما ان الاولى نعت لمؤنث فاستدعى مذكورا يوصف به والمذكور ضمنا الاختيارة فكأنها قالت اخترت الاختيارة أو المرة الاولى ولو قالت ذلك طلقت ثلاثا والآخر انها أتت بالترتيب

(قوله فالا الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب الى قوله وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا) أقول آخر هذا الكلام يدل على صحة الترتيب وفى أوله اعتراف بعدم صحته فليتأمل فانه لا يوافق المشروح أيضا ولا يدفعه ما ذكر فى معرض الجواب عن أبى حنيفة رحمه الله قال المصنف (والكلام للترتيب) أقول اشارة الى الجواب عن قولهما قال المصنف (ولان الاختيارة للتأكيد) أقول فيه تأمل

(فهي واحدة علك الرجعة لان هذا اللفظ) يعني قولها قد طلقت نفسي أو اخترت بتطليقة (يوجب الانطلاق) أي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فان قيل اذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة أشار الى الجواب بقوله (فكأنها اختارت نفسها بعد العدة) فكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها قال الشارحون وقوله علك الرجعة غلط وقع من

الكاتب لان المرأة انما تتصرف بحكم التفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فتملك الابانة لا غير والاصح من الرواية فهي واحدة ولا علك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل أيضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا تتناول أكثر من الواحدة وانما تكون بائنا لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لانه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس (وان قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة علك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة) قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت

فهي واحدة علك الرجعة) لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة (وان قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة علك الرجعة) لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص

لانه ما يلي وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وهذا تتم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغو الى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولهما ان كان لا يفيد الترتيب الخ لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم ينسبه الى كلهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منهم ما مدلوله ليس أحدهما تبعا للآخر حتى اذا الغا في حق الاصل لغا في حق البناء وهو الافراد واذا الغا بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع ولذا اختار الطحاوي قولهما والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمني فقد يكون أحد جزئي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والافراد من ضروراته فينتفي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقيا أو اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا ابطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل أبي حنيفة رحمه الله بأن الترتيب ثابت في اللفظ وان لم يكن ثابتا في المعنى فصدق وصفها بالاولى والوسطى الى آخره باعتبار ان قوله اختاري اختاري جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت لفظتك الاولى أو كلمتك الاولى ولا معنى له أصلا بعد فرض اهدار وصف الطلاق به وأبعد من هذا من رام الدفع عنه بأن المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمته قط بل بكلمتها مريدة بها الطلاق ولو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت اختيارة أو الاختيارة أو مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بمال لزم كله (قوله فهي واحدة علك الرجعة) وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما في الهداية وجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به اليها والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به لانها لا تملك الا ما ملكت ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن فأوقعت الرجعي أو بالعكس وقع ما أمرها به لا ما أوقعته فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا لاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع به شيء الا عند زفر وسنذكر جوابه في فصل الامر باليد (قوله لكن بتطليقة) قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلقي نفسك أجيب بأن

لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه أضعف من الطلاق فان آخر الزوج علك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق أقوى وههنا لم يكن أضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز أن يقع قولها اخترت جوابا له

(قوله قال الشارحون قوله علك الرجعة غلط وقع من الكاتب) أقول كيف يكون غلطا من الكاتب وقد علل بما علل به والجواب أن مرادهم ما وقع في بعض نسخ الجامع الصغير ولم يذكر فيه تعليل

﴿فصل فى الامر باليد﴾ أخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضى الله عنهم اذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم فى التخيير فى المسائل قال فى النهاية الا أن هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ماهو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر فى الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسى أو اخترت نفسى منك لا يقع شئ وفى الامر باليد كذلك فينبغى أن لا يصح قياسا كما فى الاختيار الا اذا ثبت انه اذا قال أمرى منك بيدك أو أمرك منى بيدى وقع الطلاق فيندفع (واذا قال لامرأته أمرك بيدك ينوى بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة على الثلاثة أما الاول فقد بينه

﴿فصل﴾ فى الامر باليد (وان قال لها أمرك بيدك ينوى ثلاثا فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد

آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له ﴿فروع﴾ قال أنت طالق ان شئت واختارى فقالت شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار ولو قال اختارى اختارى اختارى بألف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بلاشئ والثالثة بألف لانها المقرونة بالبدل كما فى الاستثناء والشروط وكذا لو قالت اخترت نفسى اختيارة أو واحدة أو بواحدة ولو قالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة تطلق ثلاثا بألف على قول أبى حنيفة وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شئ ان قالت اخترت الاولى أو الوسطى) وبألف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسى بواحدة أو اخترت نفسى بتطليقة فهى واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحدة فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض وبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى أو الثانية وقعتا بلاشئ أو الثالثة بانت بألف ولو قال اختارى واختارى واختارى بالعطف بألف فالالف مقابل بالثلاث للعطف فلو قالت اخترت نفسى بتطليقة لم يقع شئ لان الواحدة لو وقعت وقعت بثلث البدل ولم يرضه ولو قالت اخترت الاولى أو الثانية أو الثالثة وقعت ثلاث بألف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع بثلث الالف ولو قال لها اختارى من ثلاث تطليقات ماشئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبى حنيفة لا غير لان من للتبعيض وعندهما تملك ان تطلق نفسها ثلاثا لانها للبيان وهى معروفة

﴿فصل فى الامر باليد﴾ قدم التخيير لتأيده باجماع الصحابة والامر باليد كالتخيير فى جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلاث فانها تصح ههنا لا فى التخيير واعلم ان التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحته قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختارى نفسك لانه يملك تطليقها فله ان يملكه بكل لفظ يفهم التفويض منه ولفظ اختارى نفسك يفيده فعلى هذا انما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختارى لتأيده باجماع الصحابة رضى الله عنهم نصا بخلافه بلفظ الامر باليد فانه وان لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحا وانما افترق البابان فى القياس والاستحسان فى الايقاع بلفظ الاختيار فان ايقاعها به انما يجوز استحسانا باجماع الصحابة لا قياسا لان الزوج لا يملك الايقاع به فلا يملك به المملك إذ لا يكون ما فى ملكه أوسع مما فى ملك مملكه وهذا يتساوى فيه البابان فان ايقاعها بلفظ اخترت نفسى يصح فى جواب أمرك بيدك كما يصح فى اختارى وأما الايقاع بلفظ أمرى بيدى ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا تحم حول الحى وتترك النزول مخافة (قوله وان قال لها أمرك بيدك ينوى ثلاثا) أى ينوى التفويض فى ثلاث (فقالت اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد) وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلاثا والوقوع مبنى على صحته جوابا فأفاده بقوله لكونه أى الامر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلقى نفسك فانه تمليك كالتخيير ولا يصلح اخترت نفسى جوابا له حتى لا يقع به شئ الا عند زفر رحمه الله وجواب شمس الائمة بان الاختيار

﴿فصل فى الامر باليد﴾ (قوله كالحكم فى التخيير فى المسائل) أقول يعنى من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما تقدم سوى نية الثلاث وما اذا قالت اخترت نفسى بتطليقة فى جواب الامر باليد على ماذكره المصنف (قوله الا اذا ثبت انه اذا قال أمرى منك بيدك أو أمرك منى بيدى وقع الطلاق فيندفع) أقول فيه بحث فانه اذا ثبت ماذكره لا يفيد أيضا اذ مخالفة القياس فى التخيير من حيث ان المرأة تطلق بقولها اخترت نفسى فى جواب التخيير ولا يملك الزوج تطليقة بذلك اللفظ فيكون ما فى ملكها أوسع مما فى ملك مملكها وذلك كذلك هنا اذ تطليقها نفسها يكون هنا أيضا بلفظ الاختيار ولو قالت فى الجواب أمرى بيدى لا تطلق فليتأمل

بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف فجاز أن يقع جوابا له وأما كيفية الدلالة على الثلاثة فلان الواحدة صفة الاختيارة (فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة) أي باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهي في الاولى الاختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمفهومها وبذلك أي بقولها اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلاث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الى اختيارة واحدة وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض اليها ذلك (ولو قالت) يعني في جواب قوله لها أمرك بيدك (قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف) فوجب اثباته على حسب ما دل عليه المذكور السابق وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها وفي الثانية التطليقة لدلالة (١٠٨) طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله وهي في الاولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة للاختيارة لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف وكأنه قال وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فتكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا أنها تكون بائنة لان أمرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها بائن فيما سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض في البائن ضرورة انه ملكها أمرها فقوله في البائن خبران وتقريره التفويض حصل في البائن لضرورة انه ملكها أمرها وأن تملكه اياها أمرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من ألفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المرأة كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب أمرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني بطلقة بائنا كما ذكره وهل هذا الا دليل على أن ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان الاختيار القياس فيه أن لا يقع به الطلاق وان نوى الزوج الا أنا استحسناه لاجماع الصحابة والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق

لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة للاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث (ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة) لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا أنها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع

أضعف من لفظ الطلاق ولذا لو قالت طلقت نفسي فأجازه مبتدأ جاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وان أجازه ولا يملك هو الايقاع به فصلح الاقوى جوابا للاضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الاقوى يصلح جوابا للاضعف بلا عكس يحتاج الى التوجيه ويمكن كونه لان الجواب هو العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا أو مساويا وفرق قاضيخان في شرح الزيادات بان قولها اخترت مبهم وقوله طلقي نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في أحد الجانبين ثم أفاد الثاني بقوله (والواحدة) أي التي نطقت بها (صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث) وكان الظاهر ان يقول باختيارة واحدة لانه جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على انه موجب وقوع الثلاث لو صرحت بقولها اختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة فان الاختيارة ليست الا المرة من الاختيار وإذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الاختيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلاث ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة وأعرضت عنه مرة واحدة وما لا يحصى من هذا لا يراد به الا بلوغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهة والاعراض منتهاه وأورد بعضهم انه ينبغي ان يقع به طلقة واحدة لان بواحدة يحتمل كونها صفة طلقة ولما جعل أمرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة يحتمل كلا من كون ارادة الموصوف طلقة أو اختيارة فاذا نوتها أو لم تكن لها نية تقع واحدة والجواب ان الاحتمالين لم يتساويا فان خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما اذا أجابت بطلقت نفسي بواحدة حيث تقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضا وبهذا وقع الفرق بين جوابها

(قوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف) أقول فيه ان التخيير مؤيد بالاجماع فيكون أقوى (قوله أي باختيارة واحدة بدليل ما بعده) أقول تعليل لتفسيره (قوله لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف الخ) أقول فيه تأمل الا أن يقال يفهم ذلك من التفصيل والمقابلة (قوله لكون الامر باليد الخ) أقول محل بحث والاصوب أن يقول والالم تملك أمرها (قوله والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق) أقول فيه بحث ألا يرى الى ما قاله المصنف من ان الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها

الواردفى كلامهاعن موجبه بخلاف الامر باليدلانه من ألفاظ الطلاق قياساواستحساناعلى مانقلناعن صاحب النهاية فى أول هـذا الفصل (وانماتصح نية الثلاث فى قوله أمرك بيدك دون اختارى لانه يحتمل العموم والخصوص) قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شئ قال الله تعالى والامر يومئذلله أرادبه الاشياء كلهاوانا كان الامر اسماعاماصلح اسماالكل فعل فاذانوى الطلاق صاركانه عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم (بخلاف قوله اختارى لانه لايحتمل العموم وقدحققناه من قبل) يعنى فى فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لايتنوع وقوله (ولوقال لهاأمرك بيدك اليوم وبعدغدلم يدخل فيه الليل) حتى لواختارت نفسها فى الليل لايقع الطلاق (وان ردت الامر فى يومها بطل أمرذلك اليوم وكان الامر فى يدها بعدغدلانه صرح بذكر وقتين) يعنى اليوم وبعدغد (بينهماوقت من جنسهما) يعنى الغد (لم يتناوله الامر) فانها لو اختارت نفسهافى الغد لاتطلق فكاناأمرين (فبردأحدهمالايرتد الآخر) وهـذا دليل كون الامر بيدهابعدغدبعدرده فى اليوم وقوله (إذذكر اليوم بعبارة الفرد لايتناول الليل) دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو كما ترى الادلاج ملبس وان كان ظاهرا وقال زفرهماأمر واحدبمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعدغدفى كون أحدهما معطوفاعلى الآخرمن غيرتكرارلفظ الامر وقلناالفرق بينهما ظاهر وهوان الطلاق لايحتمل التأقيت فكانت الطالق اليوم طالقاغداو بعدغدوغيره وأما الامر باليدفانه يحتملهوذكروقتين غيرمتصل أحدهما بالآخر لتخلل وقت بينهماغيرمذكورفيؤقت بالاول وجعل الثانى أمرامبتدأ كانه قال وأمرك بيدك بعدغد

وانماتصح نية الثلاث فى قوله أمرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختارى لانه لايحتمل العموم وقدحققناه من قبل (ولوقال لهاأمرك بيدك اليوم وبعدغدلم يدخل فيه الليل وان ردت الامر فى يومها بطل أمرذلك اليوم وكان الامر بيدهابعدغد) لانه صرح بذكروقتين بينهماوقت من جنسهمالم يتناوله الامر اذذكر اليوم بعبارة الفردلايتناول الليل فكاناأمرين فبردأحدهمالايرتدالآخر وقال زفر رحمه الله هماأمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لايحتمل التأقيت والامر باليديحتمله فيوقت الامر بالاول وجعل الثانى أمرامبتدأ

بطلقت نفسى بواحدة حيث يقع واحدة بائنة واخترت نفسى بواحدة حيث يقع ثلاث وإنما كان التطليقة بائنة لان التفويض انمايكون فى البائن لانها به تملك أمرهاوانماتملكه بالبائن لابالرجعى وإذا علم ان الامر باليدمما يرادبه الثلاث فاذاقال الزوج نويت التفويض فى واحدة بعدماطلقت نفسها ثلاثا فى الجواب يحلف انه ماأرادبه الثلاث (قوله وقدحققناه من قبل) أى فى فصل الاختيار بقوله الاختيار لايتنوع (قوله ولوقال لهاأمرك بيدك اليوم وبعدغدلم يدخل فيه الليل الى آخره) حاصله ان قوله اليوم وبعدغدواليوم وغدا يفترقان فى حكمين أحدهما انهالواختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تملكه بعدالغد والثانى عدم ملكهافى الليل وفى اليوم وغدا لواختارت زوجها اليوم لاتملك طلاق نفسهاغدا أى نهاراوتملكه ليلا والفرق مبنى على انه تمليك واحد فى اليوم وغدا وتمليكان فى اليوم وبعدغد وجعله زفر رحمه الله فى الكل تمليكاواحدا فى اليوم وبعدغد فلم يثبت الخيار بعدالغد إذاردته اليوم قياساعلى طلقى نفسك اليوم وبعدغدحيث يقع الطلاق واحدافكذايكون هناأمرواحدوعلى أمرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لايحتمل التأقيت واذاوقع تصيربه طالقا فى جميع العمرفذكربعدغدوعدمه سواء لايقتضى طلاقاآخر أما الامر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدةله غيران عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهماظاهر فى قصدتقييد الامر المذكوربالاول وتقييدأمرآخر بالثانى والالم تكن لهذه الطفرة معنى واذا كان كذلك يصيرلفظ يوم مفرداغير مجموع الى مابعده فى الحكم المذكورلانه صار عطف جملة أى أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعدغد ولوقال أمرك بيدك اليوم لايدخل الليل بخلاف اليوم وغدافانه لم يفصل بينهما بيوم آخرلتقوم الدلالة على القصد المذكورفكان جمعا بحرف الجمع فى التمليك الواحد فهو كقوله أمرك بيدك فى يومين وفى مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالالغويا وعرفيا على ان على ماروى ابن رستم من انه اذاقال أنت طالق اليوم وبعدغدتطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدايمتنع قياسه وأيضافى طالق اليوم وبعدغديثبت فيه الحكم فى الغدلانهاطالق فيه أيضابخلاف أمرك بيدك اليوم وبعدغدفان الاتفاق على أن لاخيار لهافى الغدفلم يلحق به من كل وجه

(قوله قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شئ الخ) أقول قبل هذاخلط بين الكلامين المتدافعين وهل هذا الاخبط والجواب ان مراده بقوله اسم عام يتناول كل شئ هو التناول على سبيل البدل وارادة الاشياء كلهامن قوله تعالى والامر يومئذلله بواسطة الالف واللام الاستغرافية والمرادمن قوله صلح اسماالكل فعل صلح اطلاقه لكل فعل

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك فان ردت الامر فى يومها لا يبقى الامر فى يدها فى غد) لان هذا أمر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال أمرك بيدك فى يومين وعن أبى حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر فى اليوم لها أن تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار فى الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار أحدهما

وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل فى التمليك المضاف الى اليوم وغد لانه يقتضى دخول الليل فى اليوم المفرد لذلك المعنى أعنى انه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع (قوله وعن أبى حنيفة فى مسئلة أمرك بيدك اليوم وغدا انها اذا ردت الامر فى اليوم لها أن تختار نفسها غدا) رواه أبو يوسف عنه ووجهه ان المرأة لا تملك رد ايقاع الزوج لو نجز فكذا لا تملك رد الامر لانه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالايقاع منه وحاصله ان ردها لغو فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها فى الغد ومقتضى هذا ان لها أن تختار نفسها فى اليوم الذى ردت فيه أيضا فصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها فى اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الامر من يدها وتحقيق وجه الظاهر ان ثبوت هذا الملك مغيا شرعا بأحد الامور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شئ أو بفعل ما يدل على الاعراض أو اختيارها زوجها فاذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الايقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التمليك بهذه الى الاجماع على خلاف القياس مع ان توقيته فى الجملة ثابت شرعا كما فى الاجارة والاوجه تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثانى ان توقيتها ليس بعدة معينة لان انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية اذ قد يمتد يوما او يوما أو أكثر وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الاعراض بخلاف الاجارة وأما تقريره بأن المخير بين أمرين انما له اختيار أحدهما فكما انها اذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود الى النكاح كذلك اذا اختارت زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التى هى مبنى جواز اختيارها نفسها أعنى ان الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد انما يرتد شطر التمليك وقد قلنا ان هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور فى رواية أبى يوسف على اختيارها زوجها ولا شك انها لا تتعرض لما به الرد فيمكن حمل ردها على كونه بما يكون بلفظ الرد ونحوه بان تقول عقيب الملك بتخييرها رددت التفويض أو لا أطلق و يكون هذا اعطاء لنفس هذا الحكم و يكون هو مستندا ما فرع فى الذخيرة حيث قال لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبى يقع لازما فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن أصحابنا وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة فى الامر باليد حيث صرح فى الرواية انه لا يرتد بالرد وفى الكتاب انه يرتد أعنى فى قوله أمرك بيدك اليوم وغدا وان ردت الامر فى يومها لا يبقى الامر فى يدها فان المراد بردها هنا اختيارها زوجها اليوم وحقيقته انتهاء ملكها وهناك المراد أن تقول رددت فلم يبق تدافع لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع فى ذلك حيث نقلوا انه لا يرتد ونقلوا انه يرتد بالرد ووفقوا بانه يرتد بالرد عند التفويض وأما بعده فلا يرتد كما اذا أقر بمال لرجل فصدقه ثم رد اقراره لا يصح وحاصله انه كالابراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول و يرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط أو التمليك أما الاسقاط فظاهر وأما التمليك فقال تعالى وان تصدقوا خير لكم سمى الابراء تصدقا ومما وقع فى هذا الباب من المناقضة ما ذكر فى الفصول لو قال لامرأته أمرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الامر من يدها وقال فى موضع آخر لا يخرج وان كان الطلاق بائنا ووفق بان الخروج فيما اذا كان منجزا وعدمه اذا كان معلقا مثل ان قال

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك) وكلامه ظاهر وقوله (لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع) معناه ليس للمرأة أن ترد الامر باليد الذى صدر من زوجها بان تقول لا أقبل كما انه ليس لها أن ترد الايقاع الذى أوقعه زوجها عليها بقوله أنت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا فى الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غدا وقوله (وجه الظاهر) ظاهر وكذا

(قوله معناه ليس للمرأة أن ترد الامر باليد الخ) أقول هذا لا يدل على انه ليس لها أن ترد اذا اختارت زوجها والكلام فيه فليتأمل

قوله (وعن أبي يوسف أنه اذا قال أمرك بيدك اليوم) قال شمس الائمة هذه هي الرواية الصحيحة (١١١) وجعل قاضيخان هذه الرواية أصل

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم (وان قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته (واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر) لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)

أكثر ترابزنم فأمرك بيدك ثم طلقها بائنا أو خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الامر بيدها ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة اضافته كما في المسئلة الآتية اذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان وسيأتي الكلام فيها (قوله وعن أبي يوسف انه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران) حتى لو اختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غدا لانه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها الزوج قال السرخسي وهو صحيح لانه لما ذكر لكل وقت خبرا عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والاصل استقلال كل كلام وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا فلم يبق تخصيص أبي يوسف الا لانه مخرج الفرع المذكور واعلم انه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها نفسها ليلا فلا تغفل عنه لانه أثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل والثابت في اليوم الذي يليه بأمر آخر كقوله أمرك بيدك اليوم حيث يمتد الى الغروب فقط بخلاف قوله أمرك بيدك في اليوم انما يتقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الاصل في أنت طالق غدا وفي غد وفي جامع التمرتاشي أمرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو أمر واحد في ظاهر الرواية لانها أوقات مترادفة فصار كقوله أمرك بيدك أبدا فيرتد بردها مرة وعن أبي حنيفة ثلاثة أمور لانها أوقات حقيقة (قوله واذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان صح) ولها أن تطلق نفسها يوم يقدم وهذا أيضا مما يفارق به سائر التمليكات فانها لا تصح اضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لانه انما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الاعيان كما تقدم وقد يخرج على انه في معنى التعليق فان قيل يخالفه ما في شرح الزيادات لقاضيخان لو قال أمرك بيدك فطلقي نفسك ثلاثا للسنة أو ثلاثا اذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلاثا للحال ولو قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيأ بطل لان قوله فطلقي نفسك ثلاثا تفسير للامر والامر باليد يحتمل الثلاث أما لا يحتمل التعليق والاضافة الى وقت السنة لان الامر باليد يقتضي المالكية والامر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال فلا تثبت المالكية ولهذا لو قال أمرك بيدك ونوى السنة أو التعليق لا يصح فاذا ألحقه بما كان تفسيرا يثبت ما يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق فالجواب أن معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التنجيز للتعليق لانه ليس من أفراده ولا متعلقا به بعد ما ذكر ان قوله فطلقي نفسك ثلاثا للسنة أو اذا جاء غد تفسيرا لذلك التفويض فكان التعليق مرادا بلا لفظ ثم لو لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل يعني في آخر فصل اضافة الطلاق وانما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لانه غير ممتد لما حققناه هناك من ان المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لانه المقصود (قوله واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)

الرواية ولم يذكر خلاف أحد وقوله (وان قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيارلها) ظاهر مما قدمناه في آخر فصل اضافة الطلاق واليه أشار بقوله وقد حققناه من قبل وقوله (فيتوقت به) أي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه (واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه) وهذه تتصرف برأى نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس (وقد بيناه) يعني في فصل الاختيار من قوله التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده بيومين فائدة لان المرأة اذا لم تقم من مجلسها يوما أو أكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي أن يقتصر على المجلس

(قال المصنف لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة) أقول قال ابن الهمام منقوض بالوكيل فانه أيضا يتصرف برأى نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض الى الاجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه انتهى وفيه بحث (قوله وهذا يقتضي الخ) أقول يعني قوله هذا والتمليك يقتصر على المجلس

وبينهما تناف (ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك) أى الذى سمعت فيه (وان كانت لا تسمع) لغيبة أو لصمم (فمجلس علمها) وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ماوراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فأنت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على معنييهما على ماذكرتم فكيف يكون محتملا له وأجيب بأن التمليك الذى هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها فى المدة التى وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتأقيت فائدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم أيضا وأما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ماوراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهى جالسة فالخيار باق لان التعليق حينئذ لازم فى حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حتى يعتبر مجلسهما جميعا فان أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز اذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول يعنى الى مجلس آخر ومرة بالاخذ فى عمل آخر على ما بيناه فى الخيار يعنى فى قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الى آخره

ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ماوراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم فى حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ فى عمل آخر على ما بيناه فى الخيار

أى فى أول فصل الاختيار والذى ذكره هنالك هو ان التمليك يستدعى جوابا فى المجلس ولم يستدل على انه تمليك واستدل هنا عليه بقوله لان المالك هو الذى يتصرف برأى نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذى يتصرف لنفسه والا فالوكيل يتصرف برأى نفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض الى الاجنبى تمليك وهو لا يتصرف لنفسه وسنحقق ماذكر فى ذلك ليندفع الوكيل فى المشيئة ان شاء الله تعالى وقدمنا ما فى قوله يستدعى جوابا فى المجلس فالصواب اسناد الاقتصار على المجلس الى اجماع الصحابة حيث قالوا لها فى المجلس (قوله ثم ان كانت تسمع) أى تسمع لفظه بالتخيير (اعتبر مجلسها ذلك) أى مجلس سماعها (وان كانت لا تسمع فمجلس علمها) على ماذكرناه (لان هذا تمليك يفيد معنى التعليق) أما انه تمليك فلما تقدم من انها عاملة لنفسها وأما ان فيه معنى التعليق فلان الايقاع وان كان من غير الزوج الا ان الوقوع مضاف الى معنى من قبل الزوج فكأنه قال ان طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق والظاهر ان كلها مما يمكن ترتبها على التمليك فصحة التوقيت على انه تمليك منفعة وقدمنا ان الحاقه بالعارية أقرب ثم من صور التوقيت ما يوجب التوقف على ماوراء المجلس كان يقول أمرك بيدك شهرا أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذى تحقق فى الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أول الامر بناء عليه لانه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ماذكرنا انه لا يحتاج الى القبول وأما اقتصاره على المجلس فى التفويض المطلق فتقدم قول المصنف انه تمليك وهو يستدعى جوابا فى المجلس وتقدم ان الجواب الذى يستدعيه التمليك فى المجلس القبول وليس الكلام فيه بل امتداده فى تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده ونفس اقتصاره عليه باجماع الصحابة فان قلت قد وقع فى كلام بعضهم ان تطليقها نفسها قبول قلنا لا يتم اذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه له أما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتمليك لانه لو ثبت يلزم بلا قضاء ولا رضا فقد ظهر ان جميع الآثار

(قوله وبينهما تناف) أقول وبالله المستعان ان فى قول المرأة اخترت نفسى مثلا فى جواب التفويض جهتين جهة كونه جوابا لقول الزوج وجهة كونه ملكا له فان الذى يملكها الزوج هو وهذا يصح القول فان كان التفويض مطلقا اعتبر كونه جوابا فلا بد منه فى المجلس واذا قيد بالوقت اعتبر كونه ملكا ولم يقتصر على المجلس توفيرا للجهتين حظهما فليتأمل ولا يمكن تأويل كلام الشارح بما ذكرنا لما أسلفه فى أوائل فصل الاختيار (قوله وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فأنت طالق) أقول الاصوب أن يقول ان طلقت أو اخترت نفسك فأنت طالق والا فعلى ماذكره الشارح اذا قالت فى الجواب أردت طلاقى ينبغى أن تطلق الا أن يكون مراده الارادة المقارنة للفعل وتلك لا تكون الا بتلفظها بالطلاق (قوله يشتمل على معنييهما) أقول يعنى التمليك والتعليق (قوله فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين الخ) أقول هذا لا يدل على الاقتصار على المجلس اذ يجوز أن يتأبد كما فى البيع فان حكمه متأبد ولا مخلص الا بما ذكرنا

ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأى بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ فى عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى أن يوجد ما يقطعه أو ما يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ فى عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل (ولو كانت قائمة فجلست فهى على خيارها) لانه دليل الاقبال فان القعود أجمع للرأى (وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت) لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضى الله عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر فى غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبى يوسف رحمه الله (ولو قالت ادع أبى أستشيره أو شهودا أشهدهم فهى على خيارها) لان الاستشارة لتحرى الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض (وان كانت تسير على دابة أو فى محمل فوقفت فهى على خيارها وان سارت بطل خيارها) لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها

يصح ترتبها على جهة الملك هنا ولا حاجة الى اعتبار جهة التعليق وقولهم كأنه قال اذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن اجراؤه فى الوكالة كأنه قال اذا بعت متاعى فقد أجزت بيعك والولاية كأن الامام قال له اذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا والاعتبارات التى لا أثر لها كثيرة فى دائرة الامكان (قوله وقوله) أى قول محمد رحمه الله تعالى (ما لم تأخذ فى عمل آخر يراد به انه عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه) فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلا أو شربت أو قرأت قليلا أو سبحت أو قالت ادعوا الى أبى أستشيره أو الشهود وما أشبهه مما هو عمل الفرقة من غير أن تقوم فى التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مثله فى قوله اختارى وطلقى نفسك وأنت طالق ان شئت وكذا اذا قال لاجنبى أمر امرأتى بيدك أو طلقها اذا شئت أو ان شئت أو أعتق عبدى اذا شئت بخلاف قوله بعه ان شئت لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها يبطل وذكر المرغينانى ان لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الاعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما اذا أقيمت كرها وقيل اذا لم تنتقل لم يبطل واذا انتقلت ففيه روايتان ولو نامت وهى قاعدة أو كانت تصلى المكتوبة أو الوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت الى الشفع الثانى بطل الا فى سنة الظهر عن محمد وهو الصحيح ولو قال أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقنى بلسانك فطلقت نفسها طلقت لان قولها لم لا تطلقنى ليس ردا فتملك بعده الطلاق قيل فيه نظر لان قولها لم الخ كلام زائد فيتبدل به المجلس وفيه نظر لان الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الاول وافاضته فى غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق (قوله والاول أصح) أى ما ذكر فى الجامع الصغير أصح مما ذكر فى غيره وهو الاصل لان من حزبه أمر قد يستند لاجل التفكر لان الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود فى حق القائم ولانه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للجالس (قوله وان سارت بطل) قيل لو اختارت نفسها مع سكونه والدابة تسير طلقت لانها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكما وهذا لان اتحاد المجلس انما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذا كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو المحمل أو لا ولو كانت راكبة فنزلت أو تحولت الى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها وفى المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره فى الغاية لانه والحالة

وقوله (ويخرج الامر من يدها) ظاهر وقوله (وليس للتقدير به) أى باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقوله قول محمد فى الجامع الصغير وقوله (ولو كانت قائمة فجلست) ظاهر وقوله (والاول) أى رواية الجامع الصغير (أصح) لان من حزبه أمر قد يستند للتفكر لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله (ففيه روايتان عن أبى يوسف) فى رواية الحسن عنه لا تبطل وفى رواية الحسن بن أبى مالك عنه تبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرناه قيل خص أبا يوسف بالذكر وان احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لانهما نقلا عنه وقوله (ولو قالت ادع أبى أستشيره) ظاهر

وقوله (والسفينة بمنزلة البيت) يعني انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر

﴿فصل في المشيئة﴾ قد تقدم وجه تقديم الاختيار و بعده السؤال عن تقدم الامر باليد والمشيئة دوري فيسقط (ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن) سواء طلقت جملة أو متفرقة وقوله (لان قوله طلق) (١١٤) ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى (وان قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق) والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من ألفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح ألا ترى انه لو قال أبنتك ينوي الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد اخترت ذلك بانت وألفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه أي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعة انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما أن يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف أو يلغو الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل أولى فيصار اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك تطليقة طلقت نفسي تطليقة بائنة

(والسفينة بمنزلة البيت) لان سيرها غير مضاف الى راكبها ألا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

﴿فصل في المشيئة﴾ (ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلاث و ينصرف الى واحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة أمة لانه جنس في حقها (وان قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق) لان الابانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى انه لو قال لامرأته أبنتك ينوي به الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا أنها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد و يثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة

هذه كالسفينة (قوله والسفينة كالبيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها) بل الى غيره من الريح ودفع الماء فيما له جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل بتبدل المجلس وعن أبي يوسف ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

﴿فصل﴾ في المشيئة (قوله ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) سواء أوقعتها بلفظ واحد أو متفرقا وانما صح ارادة الثلاث (لان قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق) فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير أن العموم في حق الامة ثنتان وفي حق الحرة ثلاث وقد تقدم (قوله وان قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت) أي رجعيا ولو قالت اخترت نفسي لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بأبنت وعدمه باخترت ان المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه التي تستعمل في إيقاعه كناية فقد أجابت بما فوض اليها بخلاف الاختيار لانه ليس من ألفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ولهذا لو قالت أبنت نفسي توقف على اجازته ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل ولا تلحقه اجازة وانما صار كناية باجماع الصحابة رضي الله عنهم فيما اذا جعل جوابا للتخيير غير انها زادت وصف تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الاصل لا يقال قد صح جوابا للامر باليد لانا نقول الامر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا له بدلالة نص اجماعهم على التخيير وهذا لان قوله أمرك بيدك ليس معناه الا انك مخيرة في أمرك الذي هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه فحيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير بمرادفه للعلم بأن خصوص اللفظ ملغى بخلاف طلقي لانه وضع لطلب الطلاق لا التخيير بينه و بين عدمه ثم إذا أجابت باخترت نفسي خرج الامر من يدها باشتغالها بما لا يعنيها في ذلك الامر وعن أبي حنيفة انه لا يقع بجوابها

﴿فصل في المشيئة﴾

(قوله لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى) أقول انما ابتدأ به لان ما ذكر فيه المشيئة مما لم يذكر فيها بمنزلة المركب من المفرد وبه أيضا يظهر وجه ذكر هذه المسئلة وأمثالها في هذا الفصل فليتأمل (قوله فكان الابتداء فيه بمسئلة الخ) يعني ويذكر ما لم يذكر فيها المشيئة بعدها على سبيل التبع والاستطراد (قوله لانها وضعت لقطع وصلة النكاح) أقول فيه بحث (قوله وألفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه الخ) أقول ضمير لكونه راجع الى ما بأبنت

وقوله (وينبغي أن تقع تطليقة رجعية) انما قال هكذا تفسيرا لكلام محمد فانه قال طلقت ولم يتعرض لشئ آخر وأرى انه مستغنى عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل وقوله (بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لان الابانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح (وعن أبي حنيفة انه لا يقع شئ بقولها أبنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها) حيث كان المفوض الطلاق وما أتت به الابانة وهما متغايران لا محالة وفى هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن أبي يوسف انها تطلق طلاقا بائنا لان الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا

هي وفى هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الاول أعني ظاهر الرواية (وان قال لها طلقي نفسك) ظاهر وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا الى التمليك وفيه مطالبتان احداهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فأنت طالق جاز أن يكون معنى طلقي ضرتك ان أردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاولى ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما وجوده متردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها أمر كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا وأجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفى طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق ضرتها أعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما أن يكونا من باب المشيئة أولا والمآل شمول التمليك أو شمول التوكيل أو التحكيم الباطل

وينبغي أن تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شئ الا أنه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو وعن أبي حنيفة انه لا يقع شئ بقولها أبنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق (ولو قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه) لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

بأبنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها لان الابانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الامر من يدها كما يخرج بقولها اخترت وصار كما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال ثلاثا فطلقت ألفا لا يقع شئ والجواب انها خالفته فيهما في الاصل في الاولى ظاهر وكذا في الثانية لان الايقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبرا بخلاف ما نحن فيه لانها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الاصل فلا يعد خلافا اذ الوصف تابع واعلم ان المسئلتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيهما في الاصل انما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غيره اذ لو أوقعت على الموافقة أعني الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والالف والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى خلافا فانظر الى انه الاصل في الايقاع والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه ما لا يخفى (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ليس له ان يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لانه تمليك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لانه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع) وكذا قوله لاجنبي طلقها أو قول أجنبي لها طلقي فلانة لانها عاملة فيه لغيرها وكذا المديون في ابراء ذمته بقول الدائن له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على [illegible] والتوكيل استعانة فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وأبرئ ذمتك اذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر وان عدم الرجوع أيضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على انه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة وانه لا حاجة الى ترتبه على معنى التعليق المستخرج لانه يمكن مثله في الوكالات والولايات فلو صح لزم أن لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية وأما الاقتصار على المجلس فبالاجماع على خلاف

(قوله وقوله وينبغي أن تقع تطليقة رجعية انما قال هكذا الى قوله ويثبت الاصل) أقول قيل بل لا وجه له لان ظاهر عبارة ينبغي ينافي نص عبارة يلغو (قوله وفى هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب) أقول اذا كان المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه كيف يوجد ترك المطابقة والجواب ان الطلاق اذا أطلق لا يكون رجعيا

(وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس و بعده) لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في أي وقت شئت (واذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس و بعده) وله أن يرجع عنه لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة) وليس للزوج أن يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل

القياس (قوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس و بعده) وكذا اذا شئت واذا ماشئت لما ذكرنا من العموم و يرد على قول أبي حنيفة في إذ أنها عنده بمنزلة ان فلا تقتضي بقاء الامر في يدها وفيه جواب المصنف بأنها يمكن أن تعمل شرطا وان تعمل ظرفا والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وصار كما اذا قال في أي وقت شئت ولانها انما تملك ماملكت وانما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبهذا يتضح ان هذا اضافة للتمليك لا تنجيز ومن فروع ذلك انها اذا طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع اذا ذكر المشيئة و يقع اذا لم يذكرها وقد قدمنا في أول باب ايقاع الطلاق ما يوجب حل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه و بين الله تعالى (قوله واذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس و بعده وله) أي للقائل (أن يرجع لان هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم) وله أن يرجع ولا يقتصر وللوكيل أن يفعله بعد المجلس بخلاف قوله لها طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والاول) وهو قوله للرجل طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة (سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه) وكيلا كان أو مالكا (يتصرف عن مشيئته) فصار كما اذا قال له بع عبدي هذا ان شئت لا يقتصر وله الرجوع أجيب بان ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في انه اذا أثبت له المشيئة لفظا صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل لان تصرف الوكيل لغيره انما هو عن مشيئة ذلك الغير وان كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فانه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غيره معتبر ذلك امتثالا فاذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق فيلغو وصف التمليك و يبقى الاذن والتصرف بمقتضى مجرد الاذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه اشكال لان البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهي تقبل التعليق وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل وذلك لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل أو عدم القبول والرد والى هنا تم من المصنف اناطة وصف التمليك مرة بانه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل ومرة بانه عامل لنفسه بخلافه ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأي والمشيئة واحدا فان العمل بالرأي العمل بما يراه أصوب من غير أن يؤخذ في مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته أي باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الاصوبية في متعلقها بل هي والارادة بخصصان الشئ بوقت وجوده والاول نقضناه بالوكالة وهو مندفع بأن العامل برأيه هو الذي لا يغلبه على رأيه ما يقيده في فعل ولا ترك والوكيل وان كان بوكالة عامة مطلقة معه ما يغلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل اذا لم يفعل فانه اذا وكله فرضي كان واعدا

(وان قال لها طلقي نفسك متى شئت) واضح ولقائل أن يقول التمليك في هذه الصورة موجود أولا فان كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من أحكام التمليك والحكم قد يتأخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول قوله (واذا قال لرجل طلق امرأتي) واضح ومناطه ماذكرناه في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيئته) لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذا تساويا كان الثاني توكيلا كالاول

(قوله والحكم قد يتأخر لمانع) أقول الظاهر أن يقال والحكم قد يختلف وقد سبق ان في الامر باليد معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس

بفعل

وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل الى التمليك (ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته) لا يقال قد بين آنفا أن الوكيل أيضا يتصرف بمشيئته لانا نقول المشيئة نوعان مشيئة تفتقر اليها الحركة الارادية وهى ثابتة فى كل متحرك بها ومشيئة أخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة فى التوكيل مع جهة حظر برفعها قوله طلقها إيقاعا للفعل الموكل والثانية انما تكون فى الملاك وقد فوضها اليه بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما أمكننى تلخيصه من كلام المشايخ ولقائل أن يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى فى هذه الصورة وأقول اذا بنى الكلام على ما قد ثبت ان التمليك اقرار شرعى على محل التصرف والتوكيل اقرار شرعى على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول فى طلاق الضرة على ما مر ثم أقول والوكيل فى الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور أن (١١٧) يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقى نفسك تمليكا وأما قوله طلقى ضرتك وقوله لاجنبى طلق امرأتى فيحتملان الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثانى فى طلاق الضرة فتأمله فلعله مخلص وقوله (والطلاق يحتمل التعليق) جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق أجيب بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع قال (وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا) هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها فى إيقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة وأما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقى نفسك وطلقها وضرتها وكما تقدم فيما اذا قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة بعد ما للمطابقة فى أصل الطلاق فيكون كقولها طلقت نفسى منك ممتثلة ويلغو قولها ثلاثا (ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها) ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقى نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهب أهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما أجيب بأن ذلك فى العشرة الموجودة أو المتصورة وأما الثلاث ههنا فمعدوم

بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله (ولو قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة) لانها ملكت ايقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة وقالا تقع واحدة) لانها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج ألفا ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هى فى المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث

بفعل ما استعان به فيه فاذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فانها لا تعد مخلفة بترك الطلاق اذا لم يقسرها عليه قاسر شرعى فظهر ان الوكيل ليس عاملا برأى نفسه مطلقا والثانى بأمر المديون بابراء نفسه وقدمنا ما فى جوابه من النظر ولو تم انتقض بالتفويض الى الاجنبى فانه قطعا ليس بتطليق زوجة غيره عاملا لنفسه والثالث أقرب والله أعلم فالمعول عليهما (قوله وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة لانها لما ملكت ايقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاءت) كالزوج نفسه (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تقع واحدة لانها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج ألفا) وكقولها طلقت نفسى واحدة وواحدة وواحدة فى هذه المسئلة وأبنت نفسى فى جواب طلقى نفسك وطلقت نفسى وضرتى وقول العبد فى جواب أعتق نفسك أعتقت نفسى وفلانا حيث يقع ثلاث فى الاولى ورجعى فى الثانية والثالثة وتطلق هى ويعتق هو دون من قرناه (ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها مبتدئة) فيتوقف على اجازة الزوج وبهذا يخرج الجواب عما بعد الاولى من الصور لامتثالها بدأ ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر ووجهها فى أبنت نفسى ان معناه طلقت نفسى بائنا والباقى ظاهر وقوله بخلاف الزوج جواب عن الاول أى ان الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث وكما اذا صرح بالثلاث فى ضمنه فيثبت

(قوله يترتب عليها استحسان الفعل وتركه) أقول ضمير تركه راجع الى الفعل (قوله والاولى ثابتة فى الوكيل الى قوله والثانية انما تكون فى الملاك) أقول فيه ان الظاهر ان الثانية أيضا ثابتة للوكيل ولهذا لا يجوز بيع المسلم خمرا لذمى وكالة عنه (قوله سقط هذا الاعتراض) أقول فيه بحث فان الاقرار فى المقيد بالمشيئة على نفس التصرف أيضا فكيف يكون تمليكا (قوله وان ذكرها كان تمليكا) أقول كيف يكون تمليكا والاقرار على محل التصرف لازم من لوازمه ولم يوجد (قوله أجيب بأنه اعتبر التوكيل الخ) أقول فيما ان الاول

والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثا وقعت واحدة وقد أتت بغير مافوض اليها اذ الثلاث غير الواحدة على ماذكر أجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشئ فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما أوقعت ثلاثا فقد وافقته فيما هو أصل التفويض وهو لا يكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة (وقوله وان أمرها بطلاق علك الرجعة) ظاهر وكذا قوله ان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت لان معنى قوله ان شئت ان شئت الثلاث اذ الشرط لابد له من جزاء فاما ان يكون متقدما عليه أو يقدر مثله متأخرا وعلى كلا التقديرين تتعلق بمشيئة الثلاث ولم توجد بمشيئة الواحدة وكذا عكسه عند أبي حنيفة لان الشرط مشيئة الواحدة ومشيئة الثلاث ليست مشيئة للواحدة كما أن ايقاع الثلاث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلاثا ووجه قولهما ظاهر قابل للتعليق بخلاف الثاني فكيف يعتبر به (قوله والواحد الموجود الخ) أقول من أين ثبت وجوده وهل الكلام الا فيه ثم ان تعليل المصنف بقوله لان الثلاث اسم لعدد مركب الخ يدل على تغايرهما مطلقا كما لايخفى والاولى أن يقال وتقع مراده المغايرة اللغوية لا ما اصطلح عليه المتكلمون قال المصنف (أما هنا لم تملك الثلاث) أقول الزوج أيضا لا يملك الا الالف فلا بد من الفرق

أما هنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض اليها فلغت (وان أمرها بطلاق تملك الرجعة فطلقت بائنة أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج) فمعنى الاول أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها أتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فاحتاجت بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا أو رجعيا (وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة لم يقع شئ) لان معناه ان شئت الثلاث وهي بايقاع الواحدة ماشاءت الثلاث فلم يوجد الشرط

القدر الذي علكه ويلغو ما سواه وكذا هي في المسئلة الاولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلاثا ملكتها بجميع أجزائها (أما هنا فلم تملك الثلاث) لانها انما ملكها الواحدة ولم تأت بما فوض اليها فلم تصر باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الآمر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق انها ملكت الواحدة وهي شئ بقيد الوحدة بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلاث فانها بقيد ضده وهذا معنى قوله الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لاتركيب فيه فكان بينهما تضاد بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث أما هنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستعقب ايرادا ووقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة يعني فلم تكن بايقاعها موافقة لما ملكها فاعترض بأن مذهب أهل السنة ان الجزء من العشرة ليس عينها ولا غيرها وأجيب بان ذلك في الامور الموجودة بخلاف نحو الطلاق وأنت تعلم ان هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينا فهو غير ولو فرض عدم وضع الاصطلاح أصلا بل عدم وضع لفظة غير لغة لم يتوقف اثبات المطلوب عليه اذ يكفي فيه أن يقال فوض اليها الثلاث والواحدة ليست اياها فلا تكون مفوضة اليها فايراد مثله الزام بمجرد الاصطلاح وغاية ما يلزم بعد التزامه ان المصنف عبر عما ليس اياه بلفظ غير مجازا (قوله ولو أمرها بطلاق علك رجعتها فطلقت بائنا أو أمرها بالبائن فطلقت رجعيا وقع ما أمر به) ومعنى الاول أن يقول طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لانها أتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني أن يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في الصورتين فاحتاجت بعد ذلك الى أصل الايقاع) لا الى ذكر وصفه فذكرها اياه موافقا أو مخالفا لا عبرة به لان الوقوع بايقاعها ليس الا بناء على التفويض فذكرها كسكوتها عنه وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض وحاصل هذا كله ان المخالفة ان كانت في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما اذا كانت في الاصل حيث يبطل كما اذا فوض واحدة فطلقت ثلاثا على قول أبي حنيفة أو فوض ثلاثا فطلقت ألفا وتقدم تخريج أبنت على مخالفة الوصف في قوله طلقي نفسك (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا الخ) تقدم انه اذا قال طلقي نفسك ثلاثا تملك أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلاثا فلو انه زاد قوله ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شئ لان معناه ان شئت الثلاث فكان تفويض الثلاث معلقا بشرط هو مشيئتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا الواحدة وتقدم انه لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبي حنيفة

(ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الامر) وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين أحدهما انه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه اذا قال شئت طلاقك أى بلفظ صريح الطلاق ينبغي أن لا يحتاج الى النية وأجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس فى كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشيئة فيكون شائيا بمشيئتها لا بطلاقها لا يقال كلامها مبنى على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو ما يبتنى عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا (وقوله اذ المشيئة تنبئ عن الوجود) قيل لان المشيئة فى الاصل مأخوذة من الشئ وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة أوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها فى اللغة عبارة عن الطلب قال عليه الصلاة والسلام الحمى رائد الموت أى طالبه فان قيل ذهب علماؤنا فى أصول الدين الى أن الارادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد

(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند أبي حنيفة) لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كايقاعها (وقالا تقع واحدة) لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة كما أن ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال الزوج شئت ينوى الطلاق بطل الامر) لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهى أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس فى كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل فى غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف قوله أردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود

وتقع واحدة عندهما فلو زاد قوله ان شئت فالخلاف على ما هو عليه فأبو حنيفة يقول مشيئة الثلاث ليست مشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط وهما يقولان مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة وقد سبق الكلام فى تحقيق ذلك (قوله ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة) منها (وهى قد أتت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى لانه ليس فى كلام الرجل ذكر الطلاق ولا فى كلامها) لانها لم تقل شئت طلاقى ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها لفظا بل بمجرد النية والنية لا تعمل فى غير المذكور الصالح للايقاع ولا فى المذكور الذى ليس بصالح للايقاع به نحو اسقنى (حتى لو كان قال شئت طلاقك ينويه وقع لان المشيئة تنبئ عن الوجود) لانها من الشئ وهو الموجود (بخلاف ما لو قال أردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود) بل هى طلب لنفس الوجود عن ميل وغاية الامر ان المشيئة والارادة فى صفة العباد مختلفان وفى صفة الله تعالى مترادفان كما هو اللغة فيهما مطلقا فلا يدخلهما وجود أى لا يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير ان ما شاء الله كان وكذا ما أراده لان تخلف المراد انما يكون لعجز المريد لا لذات الارادة لانها ليست المؤثرة للوجود لان ذلك خاصية القدرة بل بمعنى انها المخصصة للمقدور المعلوم وجوده بالوقت والكيفية ثم القدرة تؤثر على وفق الارادة غير انه لا يتخلف شئ عن مراده تعالى لما قلنا فى المشيئة بخلاف العباد وعن هذا لو قال أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال شاء الله بخلاف أحب الله طلاقك أو رضيه لا يقع لانهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت الارادة يكون عن طلبه ويستلزم عدم الفرق بين صفة الارادة والكلام نعم فرق بين الطلبين انه فى الكلام طلب تكليفى وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامى تكليفا دائما كما فى الطلب المعبر عنه بكن ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الافعال واذ قد ظهر الفرق بين الارادتين لا يكون فرق أبى حنيفة بين

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما انه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ) أقول اذا كان الطلاق مذكورا صريحا فى كلام المرأة (قوله لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو الخ) أقول كونه لغوا لهذا السبب لا يوجب أن لا يكون الطلاق مقدرا فى كلامها وان يلغو ما يبتنى عليه ولو صح ما ذكره من التفريع لزم أن يلغو قوله شئت اذا أتت المرأة فى كلامها بصريح لفظ الطلاق (قوله وعن الثاني الى قوله فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا) أقول مخالف لما فى حيز قيل بعد سطر (قوله بخلاف الارادة فانها فى اللغة عبارة عن الطلب) أقول فان قيل اذا كان الارادة بمعنى الطلب يلزم أن لا تستلزم الوجود مطلقا كما فى أوامر الله تعالى قلنا الطلب الذى هو مدلول الامر طلب تكليفى والارادة طلب تكوينى وبينهما فرق وقد يكون مدلول بعض الاوامر طلبا تكوينيا أيضا كما فى قول الله تعالى كن

(وكذا اذا قالت شئت ان شاء أبي اوشئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد) لما ذكرنا ان المأتي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر (وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت) لان التعليق بشرط كائن تنجيز (ولو قال لها أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس) أما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق

وقوله (وكذا اذا قالت شئت ان شاء أبي) ظاهر وقوله (لان التعليق بامر كائن تنجيز) قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك وأجيب بان بطلان الثاني ممنوع وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم وقوله (ولو قال لها أنت طالق اذا شئت الخ) واضح

المشيئة والارادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى بقي الشأن في كون المشيئة تنبئ عن الوجود في حق العباد للاشتقاق من الشئ وهو الموجود فيه نظر فان الشئ وان وقع على غير الأعيان الا ان كونه في مفهومه الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فانه لغة يقال للمعدوم والموجود وكون الارادة نسبت الى ما لا يعقل بخلاف المشيئة كما ذكر شمس الائمة لا أثر له الا ولو لم يكن مجازا عقليا أو مجازا لغويا في لفظ الارادة على انه سمع نسبة المشيئة أيضا الى ذلك أنشد ابن السكيت في اصلاح المنطق

يا مرحباه بحمار عفرا * اذا أتى قربته لما يشا
* من الشعير والحشيش والما *

وهو من شواهد قصر الممدود فتوجيهه أن يعتبر العرف فيه يعني يكون العرف العام انه الشئ الموجود والمشيئة منه بان يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشئ الكائن مصدرا لشاء فانه يقال شاء شيأ على ارادة الحاصل بالمصدر ثم يشتق منه ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية فلزم الوجود فيها فاذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي نعناه أوجدته عن اختيار بخلاف أردت كذا مجردا يفيد عرفا عدم الوجود وأحببت طلاقك ورضيته مثل أردته ولو قال شائي طلاقك ناويا بالطلاق فقالت شئت وقع ولو قال أريديه أو اهويه أو أحبيه أو ارضيه ينوي الطلاق فقالت أردته أحببته هويته رضيته لا يقع بخلاف ما لو قال ان أردت أو أحببت الى آخرها فقالت أردت أو أحببت الى آخرها فانه يقع وان لم ينو لانه تعليق لا يفتقر الى النية وهو كقوله ان كنت تحبيني يتعلق باخبارها فاذا قالت أحببت وقع (قوله وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى) كشئت ان كان فلان قد جاء وقد جاء أو لامر كائن كشئت ان كان أبي في الدار وهو فيها طلقت لان التعليق بأمر كائن تنجيز قيل يلزم عليه انه لو قال هو كافر ان كنت فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله أن يكفر وهو منتف أجيب بأن من المشايخ من قال بكفره فاللازم حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروى عن أبي يوسف يفرق بان هذه الالفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا جعله تعليق كفره بأمر في المستقبل فكذا اذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم والاوجه أن الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل فان قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وان لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود الشرط متكلما بقوله هو كافر حقيقة (قوله ولو قال أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت) بأن قالت لا اشاء لا يكون ردا ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس أما كلمة متى فانها لعموم الاوقات كأنه قال في أي وقت شئت وانما لم يرتد بردها لانه لم يملكها في الحال شيأ بل أضافه الى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد وقد يقال ليس هذا تمليكا في حال أصلا لانه صرح بطلاقها معلقا بشرط مشيئتها فاذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه وانما يصح ما ذكر في لفظ طلقي نفسك اذا شئت لانها تتصرف بحكم

الملك

وأما كلمة اذا واذاما فهما ومتى سواء عندهما وعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقدمر من قبل (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا) لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا أن التعليق ينصرف الى الملك القائم (حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شئ) لانه ملك مستحدث (وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة) لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا

الملك بخلاف ما لو قالت طلقت نفسي في هذه المسئلة فانه وان وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت ايجاد للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير ان المشيئة تقارن الايجاد ثم لا تملك طلاق نفسها الامرة واحدة لانها تعم الازمان لا الافعال بخلاف كلما (قوله وأما كلمة اذا واذاما فهي كمتى عندهما) فما كان حكما لمتى يكون حكما لاذا (وعند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت اذا تستعمل للشرط) المجرد عن معنى الزمان كما تقدم (لكنها تستعمل للوقت) أيضا مجردا عن معنى الشرط ومقرونا به وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله أنت طالق اذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق الا بيقين وهو أن يراد بها الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق الا بالموت وفي أنت طالق اذا شئت صار الامر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس الا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها نعم لو صرح فقال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس كما اذا قال أنت طالق ان شئت فانه يتقيد بالمجلس ويحلف لنفي التهمة على نحو ما تقدم انه اياه أراد وقوله وقدمر يعني في فصل اضافة الطلاق هذا والوجه في تقريره غير هذا وهو ان قوله اذا شئت يحتمل انه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وانه أضافه الى زمانه وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى اذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بان قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسي وقع معلقا كان أو مضافا الا ما قال المصنف من ان الامر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لان معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك في المراد باذا انه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى وقد صرح آنفا في متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لانه انما ملكها في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد وعلى ما ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط أو المضاف اليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه وعلى هذا قولهم في قوله أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق بمباشرة الشرط تجوزا بالتطليق عنه بان تقول شئت طلاقي أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وانما يصح كلامهم في قوله طلقي نفسك كلما شئت (قوله الا أن التعليق الخ) جواب عن مقدر هو ان موجب كلما تكرار الافعال أبدا ومقتضاه انها اذا طلقت نفسها ثلاثا وعادت اليه بعد زوج آخر أن تملك طلاقها أيضا وليس لها ذلك أجاب بأنها وان كانت كذلك لكن التفويض انما ينصرف الى الملك القائم لا الى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعدوم فلو انصرف اليه انصرف الى عدم الملك فاذا فرض ان المملوك قدر معين لزم ان باستغراقه تكرارا ينتهي به التفويض وذلك القدر هو الثلاث فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر وعادت الى الاول ملكت ثلاث تطليقات أيضا خلافا لمحمد فان عنده انما تملك ثنتين لما عرف في مسئلة الهدم (قوله وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا) بالاتفاق لانه لعموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جمعا وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة وعنده لا يقع شئ بناء على ما تقدم من أن ايقاع الثلاث ايقاع الواحدة عندهما خلافا له

وقوله (فلا يخرج بالشك) يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك وقوله (وقدمر من قبل) يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت) ظاهر وقوله (فلا تملك الايقاع جملة وجمعا) قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو أن تقول طلقت نفسي ثلاثا والجمع أن تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة هذا هو الظاهر

(ولو قال أنت طالق حيث شئت) ظاهر فان قيل اذا الغاذكر المكان بقى قوله أنت طالق شئت فينبغى أن يقع الطلاق فى الحال كما لو قال أنت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة أجيب بان حيث وأين تفيدان ضربا من التأخير وحرف الشرط أيضا يفيد ضربا من التأخير فيشتركان فى تحقيق معنى التأخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط فان قيل اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا مجازا عن حرف ان وأما اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا أومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم يجعل مجازا عن كلمة اذا أومتى أجيب بأن جعلهما مجازا عن ان أولى لما انها المحض الشرط فكانت أصلا فى الباب والاعتبار بالاصل أولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا به لوقوعه فى زمان دون زمان وأما اذا كان واقعا فى مكان كان واقعا فى جميع الامكنة فوجب اعتباره أى اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال أنت طالق غدا أو عموما كما لو قال أنت طالق فى أى وقت شئت قال (وان قال أنت طالق كيف شئت) اختلف علماؤنا فيما اذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أولا فقال أبو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة اليها فى المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو من ان ينوى الزوج شيأ أولم ينو فان كان الثانى اعتبرت مشيئتها فى الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيئتها فذاك وان اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شئ ووقوع لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فان شاءت أوقعت ما شاءت من الرجعى والبائن والثلاث لانه فوض التطليق اليها على أى صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الاصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة فى جميع الاحوال كما لو قال أنت طالق ان شئت أو حيث شئت أو أين شئت ولابى حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف أصبحت أى على أى وصف

(ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها) لان كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع فى زمان دون زمان فوجب اعتباره عموما وخصوصا (وان قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة) ومعناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته أما اذا أرادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقى ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا على موجب

(قوله ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء ويتقيد بالمجلس ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لان كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس) أورد عليه انه اذا لغا المكان صار أنت طالق شئت وبه يقع للحال كقوله أنت طالق دخلت الدار أجيب بأنه يجعل الظرف مجازا عن الشرط لان كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو خير من الغائه بالكلية فأورد عليه فلم يبطل بالقيام وفى أدواته ما لا يبطل به كمتى واذا أجيب بان الحمل على إن أولى لانه أم الباب وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام واعترض فى بعض شروح المنار بأنه لما جعل مجازا عن الشرط فالشرط الذى فيه معنى الحقيقة أولى انتهى فان أراد بالمعنى الحقيقى الزمان كمتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى لحيث وأين بل معناهما المكان وان أراد معنى الظرفية مطلقا فليس معناهما أصلا بل اسم الظرف اصطلاح مبنى على تشبيه الزمان والمكان بالاوعية للامتعة وهى الظروف لغة (قوله فوجب اعتباره عموما) كما فى أنت طالق فى أى وقت شئت (وخصوصا) فى أنت طالق غدا (قوله ولو قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت) ان كانت غير مدخول بها طلقة بائنة وخرج الامر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة وان كانت مدخولا بها طلقت طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت أولا ثم ان قالت شئت بائنة أو ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للمطابقة وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهى رجعية لانه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقى ايقاع الزوج بالصريح ونيته لا تعمل فى جعله بائنا ولا ثلاثا ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكره فى الاصل ويجب أن تعتبر مشيئتها حتى لو شاءت ثلاثا أو بائنة ولم ينو الزوج يقع ما أوقعت بالاتفاق على اختلاف الاصلين أما على أصله فلانه أقامها مقام نفسه فى اثبات الوصف لان كيف للحال والزوج لو أوقع رجعيا يملك جعله بائنا وثلاثا عند أبى حنيفة فكذا المرأة عند هذا التفويض تملك جعل ما وقع كذلك وأما عندهما فكذا تملك ايقاع البائن والثلاث لانه تفويض أصل الطلاق اليها على أى وصف شاءت كذا فى الكافى وهذا الذى ذكرنا من

قال المصنف (لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته) أقول أطلق المشيئة فى جانبها اذ بها يثبت وجود الطلاق والارادة فى جانبه حيث لا يقع بها الطلاق وكذا الكلام فى قوله اما اذا أرادت ثلاثا فليتأمل فانه لم يتنبه الشراح لهذه الدقيقة فقالوا وان اختلفا بأن شاءت بائنة

من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعى وجود أصله والا لكان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سؤال مشهور وهو ان المعقول ان لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب أن تستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهى مشتركة بين الكم والكيف يعنى العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين أحدهما وقد روى عن الطحاوى ان للمرأة أن تجعل الطلاق بائنا أو ثلاثا فى قول أبى حنيفة قال صاحب النهاية نافلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول فى جواب هذا الاشكال فما قرع سمعى جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوى ولقائل أن يقول لا مناسبة لهذا التفويض لعامة التفويضات الا فى كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون فى وجوب التعويل نظر توضيحه ان المتأخر الى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة انما حصل بكلمة كيف لان قوله أنت طالق ليس فيه شئ منه وهى لا تعلق لها بالاصل أصلا فيكون منجزا أصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشئ مبهما قبل وجود الاصل ممتنع الا ان فى غير المدخول بها لا أثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيئتها وفى الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشيئة بعد وقوعه وقوله (وعلى هذا الخلاف العتاق) يعنى اذا قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبى حنيفة ولا حال العتق يفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال فى الكتاب (قال فى الاصل هذا قول أبى حنيفة) لان ما أورده فى الاصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول أبى حنيفة لا غير فذكره ليتبين ان ما ذكره فى الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر فى الاصل

التخيير (قال رضى الله تعالى عنه وقال فى الاصل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله (وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثا) وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على أى صفة شاءت فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة فى جميع الاحوال أعنى قبل الدخول وبعده ولابى حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف أصبحت والتفويض فى وصفه يستدعى وجود أصله ووجود الطلاق بوقوعه

وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبى حنيفة أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شئ (وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت) يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة والحاصل ان أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل صفته وعندهما يتعلقان معا بمشيئتها وما قيل ان العتق لا كيفية له ليتعلق فيقع البتة يوهم عدم الخلاف أو ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الخلاف وعدم كيفية زائدة على أصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقا ومنجزا على مال وبدونه على وجه التدبير وغيره مطلقا عما يأتى من الزمان ومقيدا به (قوله فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها) لانه لو لم يتعلق أصله بمشيئتها حتى وقع دونها وقع موصوفا البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف لا بمشيئتها وقد كان كل وصف بمشيئتها هذا خلف وأبو حنيفة يقول حقيقة قوله أنت طالق تنجيز لاصل الطلاق جاعلا صفته على مشيئتها ومن ضرورة اثبات أصله اثبات وصف الرجعة فكان فى نفس كلامه هذا مخصصا بعض الاوصاف من عموم ما بقى أى الامرين أولى تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التى هى تنجيز أصل الطلاق أو اعتبار أصله معلقا للمحافظة على حقيقة العموم والنظر فى ترجيح الاول لان تخصيص العام أغلب من اعتبار المنجز معلقا لانه لا يكاد يثبت وأما ما رجح به فى الكافى من أن بتقدير قولهما يبطل الاستيصاف والكلام يحمل على التخصيص دون التعطيل فانما يتم لو كان كيف فى التركيب للاستيصاف ولا يخفى أن معنى الاستخبار ههنا غير مراد أصلا بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئتها كقوله تعالى أفلا ينظرون الى الابل كيف خلقت أى ينظرون الى كيفية خلقها فان قلت فلم لم يعتبر كيف شرطا وهو أحد استعماليها فيترجح قولهما لان تعليق أصل الطلاق حينئذ حقيقة اللفظ فالجواب لا يجوز لان شرط شرطيتها اتفاق فعلى الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع أصنع وما قيل فى توجيه قولهما ان غير المحسوس حاله وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض فليس أحدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء فى الاصلية والفرعية فاذا تعلق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر فحاصله ذكر مبنى آخر غير ما تقدم من ضرورية تعلق الاصل على ما ذكرنا وهو ضعيف اذ المبنى ليس الا التلازم فما يثبت لاحدهما يثبت للآخر ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض فى ذلك

(قوله وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق الخ) أقول فيه بحث (قوله وهى مشتركة بين الكم والكيف) أقول فيه بحث (قوله وهو ان المفوض ههنا متنوع الخ) أقول فيه ان التفويض هنا على سبيل التعميم لكل صفة فكون المفوض متنوعا لا يفيده

(وان قال لها أنت طالق كم شئت أوماشئت طلقت نفسها ماشاءت) ذكر فى أصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة أوثنتين أوثلاثا مالم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا والزوج لايسعه أن يطلقها ثلاثا أجيب بانه يجوز أن يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلاثا مشيئة القدرة لامشيئة الاباحة يعنى انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روى عن الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ان ذلك مباح لها فى التخيير ووجه الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها وقوله (لانهما يعنى كم وما يستعملان للعدد فقد فوض اليها أى عدد شاءت) فان قيل هذا فى كم مسلم وأما فى ما فهى مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى مادمت حيا فقد وقع الشك فى تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك أجيب بان جانب العدد مرجح باصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك لانه تفويض الى المرأة أمر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت معمولة بمعنى العدد لابمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ماوراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به أولى (فان قامت عن المجلس بطل الامر) لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس (وان ردت الامر كان ردا لان هذا أمر واحد) اذ ليس فيه مايدل على التكرار قيل هو احتراز عن كلما وكل ماهو امر واحد يقتضى جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغى ان يكون فى الحال اذ ليس فى كلامه مايدل على الوقت مرادا قيل وهو احتراز عن اذا ومتى والخطاب فى الحال يقتضى الجواب فى الحال لما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب فى الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار (وان قال لها طلقى نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند أبى حنيفة وقالا لها أن تطلق ثلاثا لان كلمة ما محكمة فى التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز) يعنى للبيان كما فى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع فى كلامه المحكم بخلاف

(وان قال لها أنت طالق كم شئت أوماشئت طلقت نفسها ماشاءت) لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها أى عدد شاءت (فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا) لان هذا أمر واحد وهو خطاب فى الحال فيقتضى الجواب فى الحال (وان قال لها طلقى نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أوثنتين ولا تطلق ثلاثا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت) لان كلمة ما محكمة فى التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس

فالتقرير ماقررناه (قوله ولو قال لها أنت طالق كم شئت أوماشئت طلقت نفسها ماشاءت) واحدة أوثنتين أوثلاثا ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق بخلاف مسئلة كيف شئت على قوله وهذا لان كم اسم للعدد فكان التفويض فى نفس العدد والواقع ليس الا العدد اذا ذكر فصار التفويض فى نفس الواقع فلا يقع شئ مالم تشأ والقياس أن لا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا كما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن أبى حنيفة انه يباح لها فى التخيير ووجهه ماذكره فى الفوائد الظهيرية فى المسئلة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلاثا على قولهما أوثنتين على قول أبى حنيفة لايكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو فرقت خرج الامر من يدها بخلاف مالو أوقع الزوج ذلك وعلى هذا فى أصل رواية الجامع الصغير فى هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت نفسها واحدة أوثنتين أوثلاثا مالم تقم من مجلسها لايحتاج الى حمله على مشيئة القدرة لامشيئة الاباحة ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر من اطلاق العدد وارادته وماشئت تعميم العدد فتقريره تقريره وأورد ان كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو مادام فوقع الشك فى تفويض العدد فلا يثبت أجيب بانه معارض بالمثل بان يقال لو أعملناها بمعنى الوقت لايبطل بالقيام عن المجلس ولو أعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك فى ثبوته فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها العدد بان التفويض تمليك مقتصر على المجلس مالم يكن موقتا وانما يكون لو كانت معتبرة بمعنى العدد ولانه المتبادر من ذلك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حالة وصلها بدام ثم (ان ردت الامر) بان قالت لا أطلق (كان ردا) لان هذا أمر واحد بخلاف كلما وقوله (خطاب فى الحال) احتراز عن اذا ومتى يعنى هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت فى المستقبل فاقتضى جوابا فى الحال (قوله وان قال لها طلقى نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين) بالاتفاق واختلفوا فى الثلاث فلا تطلق عند أبى حنيفة ثلاثا وبه قال الشافعى وأحمد وتطلق عندهما ان شاءت (لان كلمة ما محكمة فى العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز) أى البيان كما فى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره صلة ليغفر لكم من ذنوبكم وتبعيضا نحو أكلت من الرغيف (فيحمل على تمييز الجنس) محافظة على عموم ما أى بيان الجنس

قال المصنف (وهو خطاب فى الحال) أقول احتراز عن اذا ومتى يعنى ان هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت فى المستقبل

كما اذا قال كل من طعامى ماشئت أوطلق من نسائى من شاءت ولابى حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض بدلالة اظهار السماحة أولعموم الصفة وهى المشيئة حتى لوقال من شئت كان على هذا الخلاف والله تعالى أعلم بالصواب

بخلاف مالوحملت على التبعيض يعنى فيكون بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الاعداد منه وان كان لايتصور فى الطلاق عددا الا الثلاث فذلك شرعا أما فى الامكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وان كان حكمه فى الشرع المنع فالمعنى طلقى نفسك العدد الذى هو الثلاث دون سائر الاعداد وعلى قولهما يكون التفويض فى الثلاث خاصة فصحة تطليقها واحدة باعتبار ملكها مادخلت فيه كما تقدم فى طلقى نفسك ثلاثا (كما لوقال كل من طعامى ماشئت) له أكل الكل (وطلق من نسائى من شاءت) فشئن كلهن له أن يطلقهن بخلاف ما اذا حملناها على التبعيض فانه حينئذ يبطل عموم ما (ولابى حنيفة ان كلمة من حقيقة فى التبعيض) اذا دخل على ذى ابعاض والطلاق منه (وما للتعميم فيعمل بهما) بمن فى معناها فى مثله وبما فى عموم مخصوص ضرورة اعمال من فى معناها فى مثله بخلاف حمل من على البيان فان ضابطه صحة وضع الذى مكانها ووصله بمدخولها مع ضمير منفصل مثاله فاجتنبوا الرجس من الاوثان أى الرجس الذى هو الاوثان ولايحسن هنا طلقى نفسك ماشئت الذى هو الثلاث فان ما موصول معرفة فلابد من كون موصوفها معرفة وهو هنا العدد فالمحل الى طلقى نفسك العدد الذى شئته الذى هو الثلاث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذى شاءته أوتشاؤه وانه هو الثلاث فيكون التفويض ابتداء انما هو فى الثلاث وانما تملك أن تطلق نفسها واحدة لانها جزء ماملكته بالتفويض كقوله طلقى نفسك ثلاثا لها أن تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لايستلزم ثبوته اذ المعنى طلقى نفسك عددا شئته على ان ما نكرة موصوفة بالجملة والجار والمجرور فى موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد فى العدد مزيل من ابهامه ﴿فروع﴾ قال أنت طالق ثلاثا الا أن تشائى واحدة فشاءت واحدة طلقت واحدة وقال محمد لايقع شئ لان معناه ان لم تشائى واحدة فأنت طالق ثلاثا فاذا شاءت واحدة لايقع شئ ولابى يوسف انه أثبت لها مشيئة الواحدة فاذا شاءتها تقع ولوقال طلقها ان شاء الله وشئت وأنت طالق ان شاء الله وفلان أو ماشاء الله وفلان لايقع بالمشيئة من فلان شئ لانه عطف على باطل فيبطل ولوقال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا أومتى شئت لان حين للوقت ولوقال ان شئت فأنت طالق اذا شئت أومتى شئت فلها مشيئتان مشيئة فى الحال ومشيئة فى عموم الاحوال لانه علق بمشيئتها فى الحال طلاقا معلقا بمشيئتها فى أى وقت شاءت فاذا شاءت فى المجلس صار كأنه قال أنت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولوقال لامرأتيه اذا شئتما فأنتما طالقان فشاءت احداهما أوشاءتا طلاق احداهما لايقع لان الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد ولوقال لاثنين ان شئتما فهى طالق ثلاثا فشاء أحدهما واحدة والآخر ثنتين لم يقع شئ لان الشرط مشيئتهما الثلاث بخلاف مالوقال لهما طلقاها ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر ثنتين وقع الثلاث لان كل واحد ينفرد بايقاع الثلاث فيصح ايقاعه لبعضها ولوقال ان شئت فأنت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الاولى ان نوى الزوج والافلا لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه فى الوقوع ويحتمل فى الملك أى كلاهما مملوكان لى فأيهما نوى صدق ولوقال طالق ان شئت وأبيت أوان شئت ولم تشائى لم تطلق أبدا لانه جعل المشيئة والاباء شرطا واحدا ولايمكن اجتماعهما ولوقال ان شئت وان لم تشائى فشاءت فى المجلس طلقت ولوقامت بلامشيئة تطلق أيضا كما لوقال ان دخلت أولم تدخلى أما لوأخر الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائى فأنت طالق لاتطلق أبدا ولوقال أنت طالق ان شئت وان أبيت فان

والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا (كما اذا قال كل من طعامى ماشئت أوطلق من نسائى من شاءت ولابى حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن) من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانه بالنسبة الى الواحدة عام وبالنسبة الى الثلاث بعض فان قيل فعلى هذا لايتناول الواحد لانه ليس بعام أجيب بانه يتناوله دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لايهمل أحدهما (وفيما استشهدا به ترك التبعيض) بدليل خارجى (وهو اظهار السماحة أولعموم الصفة وهى المشيئة) فان النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك (حتى لوقال من شئت كان على الخلاف) قيل ثم انها ان طلقت

شاءت يقع وان أبت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت أو أبيت وفى طالق ان أبيت أو كرهت طلاقك فقالت أبيت تطلق ولو قال ان لم تشائى طلاقك فأنت طالق فقالت لا أشاء لا تطلق لان لفظ أبيت لايجاد الفعل الذى هو الاباء وقد وجد وأما لفظ لم تشائى فللعدم لا للايجاد وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها لا اشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت وفى أنت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبى يوسف ولو قال لها طلقى نفسك وقال لها آخر اعتقى عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الآمر بالعتق زوجها فبدأت بالعتق لا يبطل خيارها فى الطلاق وعنه لو قال لها أنت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر وعلى قياس قول أبى حنيفة ان كانت حائضا فلها المشيئة حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر فى باب المشيئة من طلاق الاصل لو قال ان شئت فأنت طالق غدا فالمشيئة اليها للحال بخلاف أنت طالق غدا ان شئت فان المشيئة اليها فى الغد وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف المشيئة اليها فى الغد فى الفصلين وقال زفر المشيئة للحال فيهما وذكر فى الامالى الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف على العكس وفى المنتقى برواية بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة إذا قال أنت طالق غدا ان شئت أو أنت طالق ان شئت غدا فلها المشيئة غدا وقالا ان قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال وان أخرها فلها المشيئة غدا وفرع على هذا لو قال اختارى غدا ان شئت أو اختارى ان شئت غدا أو أمرك بيدك غدا ان شئت أو أمرك بيدك ان شئت غدا فالمشيئة فى الغد فى الحالين عند أبى حنيفة وكذا إذا قال طلقى نفسك غدا ان شئت أو طلقى نفسك ان شئت غدا أو ان شئت فطلقى نفسك غدا لم يكن لها أن تطلق نفسها الا فى الغد عنده وقالا ان قدم المشيئة فلها ان تطلق نفسها فتقول فى الحال طلقت نفسى غدا والمذكور فى الكافى وشرح الصدر الشهيد أنت غدا طالق ان شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا انما لها المشيئة فى الغد بخلاف قوله ان شئت فأنت طالق غدا فان لها المشيئة فى مجلسها لان فى الثانى علق بالمشيئة طلاقا مضافا الى غد ولو علق بالمشيئة طلاقا منجزا تعتبر المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها فكذا اذا علق به طلاقا مضافا وفى الاول بدأ باضافة الطلاق الى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيئتها فتراعى المشيئة فى ذلك الوقت وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة ان فى الفصلين تراعى المشيئة فى غد وعند زفر تعتبر المشيئة فيهما حالا ولو قال لها أنت طالق اذا شئت ان شئت أو أنت طالق ان شئت إذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شاءت وعند أبى يوسف ان أخر قوله ان شئت فكذلك وان قدمه تعتبر المشيئة فى الحال فان شاءت فى المجلس تطلق نفسها بعد ذلك اذا شاءت ولو قامت من المجلس قبل ان تقول شيأ بطل وقال شمس الائمة فيما قدمنا من ان شئت فأنت طالق اذا شئت هنا مشيئتان الاولى على المجلس والاخرى مطلقة اليها معلقة بالمؤقتة فمتى شاءت بعد هذا طلقت قال وان لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها ولا فرق بين ان يقول ان شئت الساعة أو لم يذكر الساعة ولو قال أنت طالق وطالق وطالق ان شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لا يقع شئ لانه ما شاء الثلاث وكذا لو قال شئت أربعا ولو قال أنت طالق ان شئت واحدة وإن شئت اثنتين فقالت شئت وقع الثلاث ولو قال اخرجى ان شئت ينوى به الطلاق فشاءت ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها طلقنى وطلقنى وطلقنى فقال الزوج طلقت فهى ثلاث ولو قالت طلقنى طلقنى طلقنى بلا واو فطلق فان نوى واحدة فهى واحدة وان نوى ثلاثا فثلاث ولو قالت لزوجها تريد ان أطلق نفسى فقال الزوج نعم فقالت طلقت ينظر ان نوى الزوج التفويض وقع وان نوى الرد يعنى طلق ان استطعت لا يقع

نفسها ثلاثا لا يقع شئ عند أبى حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع فكذا التى فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع وقد مر والله أعلم

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق والشرط والمركب مؤخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق أو على العموم كقوله كل امرأة أتزوجها فهي طالق وهو قول عمر

روى ذلك عنه في الظهار وقال الشافعي لا يصح وهو قول ابن عباس واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله ابن عمرو بن العاص انه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح

﴿ باب الايمان في الطلاق ﴾

(واذا أضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح

﴿ باب الايمان في الطلاق ﴾

اليمين في الاصل القوة قال الشاعر

ان المقادير بالاوقات نازلة * ولا يمين على دفع المقادير

أي لا قوة وسميت احدى اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة الى الاخرى وسمي الحلف بالله يمينا لافادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك والحمل عليه بعد تردد النفس فيه ولا شك في افادة تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الامر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان يمينا (قوله واذا أضاف الخ) استعملها في المفهوم اللغوي والا فالمثال لا يطابق لانه تعليق لا اضافة (قوله وقال الشافعي لا يقع) ونقل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال أحمد وقال مالك ان خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو امرأة أصح وان عمم مطلقا لا يجوز اذ فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والاوزاعي وابن أبي ليلى أما لو قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي فانه يصير مظاهرا مع العموم لان الحرمة ترتفع بالتكفير وعندنا لا فرق بين العموم وذلك الخصوص الا ان صحته في العموم مطلق يعني لا فرق بين ان يعلق باداة الشرط أو بمعناه وفي المعينة يشترط ان يكون بصريح الشرط فلو قال هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا تؤثر فيها الصفة أعني أتزوجها بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه طالق بخلاف قوله ان تزوجت هذه فانه يصح ولا بد من التصريح بالسبب في المحيط لو قال كل امرأة أجتمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا كل جارية أطؤها حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لان العتق لم يضف الى الملك ولو قال نصف المرأة التي تزوجنيها طالق فزوجه امرأة بأمره أو بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على انها طالق لم تطلق لانه تعذر جعله بدلا أو شرطا وكذا لو اشترى عبدا على انه حر لم يعتق ومذهبنا مروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر تمسك الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل ملك وعنده طريق أخرى عن علي رضي الله عنه رفعه لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه جويبر وهو ضعيف وأخرج أبو داود والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حسن وهو

﴿ باب الايمان في الطلاق ﴾

(قوله لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا الخ) أقول وفي أكثر التفويضات يقع الطلاق بعبارة النساء منجزا (قوله عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل الخ) أقول الباء في بما متعلق بتعليقه بعد ما تقيد بقوله بأمر فلا يلزم تعلق حرفين من جنس واحد بمعنى واحد بفعل واحد وذلك ان تمنع اتحاد المعنى فان الثاني للاستعانة أو للملابسة والاول للالصاق (قوله واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امرأة فأبى أولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح) أقول فعلى هذا لا يتوجه ما ذكره المصنف في معرض الجواب من قوله الحديث محمول على التنجيز اذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقا منجزا حتى ينسا أو امن رسول الله صلى الله عليه وسلم والحق ان ما في الكتاب اشارة الى ما أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك والجواب عن حديث عبد الله منع صحته فليتأمل

ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة ليست بعلة في الحال عندنا كما عرف في الاصول (والملك متيقن به عنده) أي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهر لان الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف قائل به وقوله (وقبل ذلك) أي وقبل وجود الشرط أثره المنع وهو قائم بالمتصرف لانه يمين ومحله ذمة الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير وقوله (والحديث) يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز فان المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سألوه عليه الصلاة والسلام عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز وليس في الحديث ما يدل على نفيه أو اثباته (والحمل على التنجيز مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما) كمكحول وسالم بن عبد الله (واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط) لان الاصل بقاء الشيء على ما كان وهو استصحاب الحال لا يقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب ايضا حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه

ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما (واذا أضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق) وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط

أحسن شئ روي في هذا الباب وأخرج الدارقطني عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا قال طلق ما لا يملك وأخرج أيضا عن أبي ثعلبة الخشني قال قال عم لي اعمل لي عملا حتى أزوجك ابنتي فقلت ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا ثم بدا لي ان أتزوجها فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجها فانه لا طلاق الا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لي سعدا وسعيدا ولنا ان هذا تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والابراء وما ظن مانعا من أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو وذلك لان النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام المصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المطلوب أما الطلاق فمحظور وانما شرع للحاجة بتباين الاخلاق غلط لان الحاجة كما تحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تدعو الى تزوجها مع علمه بفساد حالها وسوء عشرتها أو يخشى لحاجتها أو غلبتها عليه فيوقسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطامالها عن مواقع الضرر فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضي وهو تكلمه بالتعليق لما يصح بلا مانع بل هو أولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر والجواب عن الاحاديث المذكورة أما ما قبل الحديثين الاخيرين فمحمول على نفي التنجيز لانه هو الطلاق اما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقا وذلك عند الشرط (والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري) قال عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري أنه قال في رجل قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل أمة أشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر أو ليس قد جاء لا طلاق قبل نكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف (وغيرهما) تصريح بما يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر خصوصا بعد قوله مأثور عن السلف يعطي أنه مأثور عن غيرهما أيضا أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهري والاسود وأبي بكر بن عمرو بن حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل مذهبنا

قال المصنف (ولنا ان هذا تصرف يمين) أقول اضافة بيانية أي تصرف هو يمين (قوله وهو منقوض الخ) أقول في توجيه النقض ما لا يخفى (قوله وتحقيقه انهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى قوله فقال لا طلاق قبل النكاح) أقول فيه بحث مرت الاشارة اليه

أيضا عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن أبي سليمان وشريح رحمة الله عليهم أجمعين وأما الحديثان الاخيران فلا شك فى ضعفهما قال صاحب تنقيح التحقيق انهما باطلان ففى الاول أبو خالد الواسطى وهو عمر بن خالد قال وضاع وقال أحمد وابن معين كذاب وفى الاخير على بن قرين كذبه ابن معين وغيره وقال ابن عدى يسرق الحديث بل ضعف أحمد وأبو بكر بن العربى القاضى شيخ السهيلى جميع الاحاديث وقال ليس لها أصل فى الصحة ولذا ما عمل بها مالك و ربيعة والاوزاعى فما قيل لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لان الترجيح فرع صحة الدليل أولا كيف ومع عدم تقدير الصحة لادلالة على نفى تعليقه بل على نفى تنجيزه فان قيل لامعنى لحمله على التنجيز لانه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لاقبله فقد كانوا فى الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا و يعدون ذلك طلاقا اذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه وسلم فى الشرع فى هذه الاحاديث وغيرها بقى لهم بعد ذلك ان يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا فالخرج عن تناول النص بل هو طلاق تأخر عمله الى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب ان أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه وكذا الشرع لو حلف لايطلق امرأته فعلق طلاقها لايحنث اجماعا ومما يؤيد ذلك ما فى موطأ مالك ان سعيد بن عمر بن سليم الزرقى سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته ان هو تزوجها فقال القاسم ان رجلا جعل امرأته عليه كظهر أمه ان هو تزوجها فأمره عمر إن هو تزوجها أن لايقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا والكل واحد والخلاف فيه أيضا وكذا فى الايلاء اذا قال ان تزوجتك فوالله لاأقربك أربعة أشهر يصح فتى تزوجها يصير موليا فان قيل هذا التعليق انشاء تصرف فى محل فى حال لاولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبى بأن قال اذا بلغت فزوجته طالق وتعليق البالغ طلاق الاجنبية بغير الملك قلنا لابد أولا من بيان المراد بقولنا هو طلاق أو ليس به اذ لاشك فى أنه لفظ الطلاق والمراد انه ليس سببا فى الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار وحينئذ نقول لا اشكال فى أن كون الشئ سببا شرعا لثبوت حكم فى محل لا يتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعا أعنى أن يعتبر الشرع انه اتصل به سببا للحكم فيه لا بمجرد الاتصال فى اللفظ فان سببيته ليست الا بايجابه الحكم فى محل حلوله ملزوما للحكم فيحل حيث حل ولا ريب فى أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بانه لم يدمن أنت طالق الآن بل اذا كان كذا فانت طالق اذ ذاك لا الآن فاذا كان ذلك يرتفع المانع وهو التعليق فحينئذ ينزل بالمحل سببا بخلاف البيع بشرط الخيار لانه لم يعلق البيع على منتظر بل أثبته فى الحال غير انه جعل له خيار أن يفسخ ان لم يوافق غرضه رفقا به وهذا لا يمنعه من الوصول فى الحال بل يحقق سببيته فى الحال لو تأملت هذا التركيب وأما عدم اعتباره من الصبى فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فان افتقاره فى التصرف الى المحل انما هو عند قصد التنجيز فيه للحال وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر أعنى منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فيتضمن هذا منع كونه تصرفا فى المحل فى حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه الا انه لما كان الحنث أحد الجائزين و بتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعى المحلية وهما معا يتوقفان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه فى الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع صححه مكتفيا بظهور قيامه عنده فيما اذا قال للمنكوحة ان دخلت الدار فأنت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه اياه مع تيقن قيامه أحرى وذلك فى المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك و بهذا حصل الجواب عن الاخير أعنى تعليقه فى الاجنبية بغير الملك ولهذا رأينا الشرع صحح قوله للامة اذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة فظهر ان قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ولعمرى ان حل هذه المقاصد

اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الايجاز وطلاوة الالفاظ وقوله وقع عقيب النكاح يفيد ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله أنت طالق مع نكاحك اذ لا يثبت الشئ منتفيا ومرجع ضمير أثره تصرف يمين وهو اضافة بيانية أي تصرف هو يمين وكذا هو في قوله وهو قائم بالمتصرف أي فلا حاجة الى اشتراط المحل بل قيام ذمة الحالف في ذلك كاف وقول مالك انه سد على نفسه باب النكاح قلنا فاذا يلزم اذ قد يكون علم مصلحة في ذلك دينا لعلمه بغلبة الجور على نفسه أو دنيا العدم يساره ولنفسه لجاج فيو ئسها على انه يتصور تزوجه عند نا بان يعقد له فضولي و يجيزه هو بالفعل كسوق الواجب اليها أو الوطء واعلم ان مقتضى ما ذكر كون المضاف لا ينعقد سببا في الحال كالمعلق لكنهم جعلوه سببا في الحال نحو أنت طالق يوم يقدم فلان ولا فرق الا ظهور ارادة المضيف الايقاع بخلاف المعلق فان قصده البر فكان هذا المعنى المعقول صارفا للفظ عن قضيته ولا يعرى عن شئ مع ان نحو أنت طالق غدا واذا جاء غد واحد في قصد الايقاع وهم يجعلون اذا جاء غد تعليقا غير سبب في الحال والآخر سببا في الحال وأما قولهم انه ينزل سببا عند الشرط كانه عند الشرط أوقع تنجيزا فالمراد الايقاع حكما ولهذا اذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم أهليته

﴿ فروع ﴾ في المنتقى ان تزوجت فلانة فهي طالق وان أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر انسانا أن يزوجها منه طلقت لانهما يمينان احداهما على الامر والاخرى على التزوج ولو قال ان تزوجت فلانة وان أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر انسانا أن يزوجها منه فتزوجها بنفسه طلقت لان اليمين واحدة والشرط شيآن وقد وجدا بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الامر حيث لا تنحل اليمين وكذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحدا لا تطلق لانه بعض الشرط فان أمر بعد ذلك رجلا فقال زوجني فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط ولو قال ان تزوجت فلانة أو أمرت انسانا أن يزوجنيها فهي طالق فأمر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لانه حنث بالامر قبل تزويج المأمور فانحلت اليمين بلا وقوع شئ فلا يحنث بتزوجه بعده وعن أبي يوسف اذا قال ان تزوجت فلانة أو خطبتها فهي طالق فخطبها فتزوجها لا تطلق قال في الكتاب لانه حنث بالخطبة فهذا يدل على أن اليمين منعقدة وهو رد على من قال اليمين غير منعقدة لان الشرط أحدهما واحدهما بعينه صالح والآخر لا فانه نص على الحنث حتى لو تزوج قبل الامر في المسئلة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسئلة وقع بأن قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بألف فقبلت طلقت وفي فوائد شمس الائمة الحلواني لو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ان تزوجت فلانة فتزوج فلانة لا تطلق فان طلقها ثم تزوجها تطلق ووجهه انه اعتراض الشرط على الشرط كقوله ان تزوجتك فأنت طالق ان دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين رجل له مطلقة فقال ان تزوجتها فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأته ان تزوجت عليك ما عشت فحلال الله على حرام ثم قال ان تزوجت عليك فالطلاق على واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الاولى وتقع أخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها الى أيتهما شاء هذا في النوازل قال في المحيط وفيه نظر وينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية لان اليمين الثانية تعليق ايجاب الطلاق بالتزويج وانه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغي أن يقع باليمين الاولى طلاق احداهما يصرف الى أيتهما شاء ولان اليمين الاولى لما انصرفت الى الطلاق صار كانه قال زينب وزا طلاق ومن قال ذلك وله امرأتان يقع على احداهما انتهى وفي نظره نظر أما قوله وينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية الخ فبناء على ان التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح وأنت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف وان المختار وقوع الطلاق والمذكور في النوازل بناء عليه وأما قوله وينبغي أن يقع باليمين الاولى طلاق احداهما الخ فليس بصحيح لان حلال الله عام استغراقي لا بدلي فيشمل الزوجتين معا

(قوله فيصح يمينا) يعني عندنا على مامر (أو ايقاعا) يعني عند الشافعي فان عنده كونه طلاقا معلق لا التطليق فكان ايقاعا في الحال ولكن لم يثبت فيه حكمه (ولا تصح اضافة الطلاق الا أن يكون الحالف مالكا) للمحلوف عليه (أو يضيفه الى ملك) لان الجزاء لابد أن يكون ظاهرا) أي غالب الوجود (والظهور بأحد هذين) الامرين أما أن الجزاء لابد أن يكون ظاهرا (فليكون مخيفا بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة) فان الحامل على الحمل أو المنع اللذين عقد اليمين لاجلهما هو قوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط وأما ان ظهوره بأحد هذين الامرين فلانه اذا انعدم ما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين أعني الحمل أو المنع (والاضافة الى سبب الملك) كقوله ان اشتريتك فانت حر (بمنزلة الاضافة الى الملك) كقوله ان ملكتك فانت حر (لانه) أي الجزاء (ظاهر عند سببه) يعني سبب الملك (قوله فان قال لاجنبية) تفريع على ما مهد من الاصل وهو ظاهر واعترض بانه لم لا يجوز أن يقدر تزوجتك حتى يؤل معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق صيانة عن الالغاء وأجيب بأن فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي الى مذمته كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولئن كان فقد يقع فيما يكون محمودا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا أو مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر احط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان أما الاول فظاهر لان التزوج أعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه أصول الفقه

فيصح يمينا أو ايقاعا (ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا أو يضيفه الى ملك) لان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحدهذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه (فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق) لان الحالف ليس بمالك ولا أضافه الى الملك أو سببه ولابد من واحد منهما

فقد حرمهما وزن وبر الطلاق ليس مثله لان معناه امرأته وهو انما يتناول الواحدة فقد أوقع الطلاق على واحدة مبهمة فاليه تعينها واذا قال كل امرأة أتزوجها طالق فزوجه فضولي فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لانتقال العبارة اليه (قوله فيصح يمينا أو ايقاعا) أي فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لانه لا يعمل عندنا في الحال أو ايقاعا عند الشافعي لانه عنده سبب في الحال (قوله ولا تصح اضافة الطلاق الا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه الى ملكه لان الجزاء لابد أن يكون ظاهر الوجود) أي ظاهرا وجوده عند الفعل وقوله وهو القوة أي على الامتناع هنا (قوله والظهور باحدهذين) لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وما كان ظاهر الوجود فتعلق الادراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي الخاص وقد يكون على وجه القطع والحاصل ان قوله للاجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق حين صدر لا يصح جعله ايقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر لاخافته لانه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند الفعل لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط لا يقال لم يكن الامر فيه موقوفا على العاقبة ان تزوجها ظهر كونه يمينا والا فهو على الاحتمال الى أن يموت أحدهما لانا نقول تحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فانه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلا تتحقق يمين في الوجود الا بلفظ آخر ومعنى الاخافة هنا اخافة لزوم نصف المهر ان تزوجها لانه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك وقد أورد على هذا قوله اذا حضت فأنت طالق فانه يمين مع انه لا حمل فيه ولا منع باخافة وأجيب بأن العبرة للغالب لا للشاذ (قوله والاضافة الى سبب الملك) يعني التزوج (بمنزلة الاضافة اليه) وقال بشر المريسي لا يصح لان الملك يثبت عقيب سببه فاذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه أو لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك أو مع موتي بخلاف ما اذا اعاقه بنفس الملك فانه حينئذ يتقدم الملك والجواب ما قال محمد حمل الكلام على الصحة أولى من الغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب فتقدير قوله ان تزوجتك ان ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لانه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا الا أن يجعل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وهو بعيد اذ ليس هذا موضعه بل هو في هذا الفن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه انهم دفعوا الوارد على قولهم في قوله لاجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من انه لم يعتبر تمام الكلام مضمرا تصحيحا والتقدير ان تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع به كما قال به ابن أبي ليلى لان اليمين مذموم في الشرع أو غير مطلوب فلا يحتال في تصحيحه وهذا ينافي ذلك الجواب ويكفي في جواب ابن أبي ليلى ما قدمه المصنف لكن لا يخفى ورود أن يقال اما أن يراد بالسبب المسبب أو حقيقته والاول تصحيح

(قوله وفيه نظر لان التعليق الى قوله والصواب ان يقال) أقول فيه بحث

(قال وألفاظ الشرط) عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسماء ولم يورد أحد حرفي الشرط وضعا وهو لو قال في النهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى فانها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب أن يقال قد تقدم أن التعليق يمين تعقد للحمل أو المنع وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشئ لامتناع غيره في الماضي فأنى له مدخل في ذلك وقوله (لان الشرط مشتق من العلامة) قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة وأشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب أن الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو أن تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم وقوله (وهذه الالفاظ مما تليها الافعال) يعني غير كلمة كل فانه يذكر فيما يليها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه ألفاظ الشرط ودليله لان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ مما يليها الافعال وهذا أيضا مسلم لكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح

وألفاظ الشرط إن وإذا وإذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما) لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها أفعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا أنه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر

اليمين فيلزم مثله في المنقول عن ابن أبي ليلى وعلى الثاني يرد ما قال بشر المريسي والاولى أن يدفع ما قال ابن أبي ليلى بأنه لا طريق الى تحقيق تلك الارادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا لا يحسن المذكور في الكتاب أيضا بل الاولى أن يقال الاضافة الى سبب الملك مرادبها الاضافة الى الملك كما أجاب به محمد رحمه الله ﴿ فروع ﴾ لو قال ان تزوجتك فأنت طالق قبله ثم نكحها يوقعه أبو يوسف لانه علقه بالنكاح وذكر معه وقتا لا يقدر على ايقاعه فيه فلغا ذكر الوقت وبقي التعليق وقالا لا يقع لان المعلق كالملفوظ عند الشرط ولو قال وقت النكاح أنت طالق قبل أن أنكحك لا تطلق كذا هذا ولو قال لوالديه ان زوجتماني امرأة فهي طالق ثلاثا فزوجاه امرأة بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى ملك النكاح لان تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح ولو قال رجل لاجنبية ما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق أما اذا قال لها ان تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها تطلق (قوله وألفاظ الشرط الخ) ومن جملتها لو ومن وأي وأيان وأين وانى وجميعها تجزم الا لو واذا وقيل يجزم بها اذا زيد بعدها ما والمشهور انه انما يجزم باذا في الشعر وكذا بلو قال لو يشأ طار به ذو ميعة * (قوله لان الشرط مشتق من العلامة) يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال تعالى فقد جاء أشراطها أي علاماتها وهذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة ولا مشاركة بين لفظ علامة وشرط (قوله فتكون علامات) أي يكون وجود الافعال علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء فالحاصل ان معنى ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء أي تدل على ذلك بالذات والافكل من هذه ولفظ لو أيضا كذلك في الجملة فانه لما كان كذلك كان المفاد بها امتناع فعل الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاء زيد لاكرمتك فيعرف ان ذلك الفعل اذا وجد استلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا فجميع الادوات تفيد الوجود للوجود الا ان لما لما كانت أدخل حيث وضعت لافادة ان الشرط قد وجد وفرغ منه خصت بقولنا حرف وجود لوجود ولو وضعت لافادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام نخصت بحرف امتناع ولو لم يذكرها المصنف لان مقصوده ينافيه أعني التعليق على ما على خطر الوجود لانها أفادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى اليمين ولعدم حصوله لم تذكر لما وان كان لو قال لو دخلت الدار فأنت طالق تعلق الطلاق كما ذكره التمرتاشي وروى عن أبي يوسف رحمه الله لكنه ليس معناها الاصلي ولا المشهور ولذا قال بعضهم لا يتعلق وفي الحاوي في فروعنا لو قال أنت طالق لو تزوجتك تطلق اذا تزوجها وقد ورد في قوله وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية الآية فذهب بعض

النحويين

قال المصنف (لان الشرط مشتق من العلامة) أقول يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال الله تعالى قد جاء أشراطها أي علاماتها (قوله فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه) أقول فيه بحث فان ما ذكره المصنف بيان وجه التسمية

قال رضي الله تعالى عنـه (فني هذه الالفاظ إذا وجـد الشرط انحلت وانتهت اليمين) لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه

النحويين الى تجويزه وأكثر المحققين انها ليست الا للتعليق في الماضي وأجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم وكذا العدم حصول معنى اليمين في التعليق بها لم يذكرها وذكر كلا وليست شرطا لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بأمر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذى أضيفت اليه ﴿فروع﴾ قال أنت طالق لولا دخولك أولولا أبوك أولولا مهرك لم يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقت بالامس لولا كذا واعلم ان موضع وجوب الفاء لا يتحقق التعليق الابها الا أن يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في انه حينئذ هو الجواب أو يضمر الجواب بعده والمتقدم دليله وأما الفقيه فنظره من جهة المعنى فلا عليه من اعتباره الجواب فاذا قال ان دخلت الدار أنت طالق وقع للحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه وعن أبي يوسف لا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة فتضمر الفاء كما في قوله * من يفعل الحسنات الله يشكرها * ودفع بما اذا أجاب بالواو فانه يتنجز ويلغو الشرط مع انه يمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح ويحمل الواو على الابتداء وفيه ضعف لان واو الابتداء لا تستعمل الا في أول كلام ومواضع الفاء جمعت مفاريد في بيت هو هذا

طلبية واسمية وبجامد * وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وأحببت ذكر بعض زيادة على ذلك وايضاحه ليفهم فنظمتها في ثلاثة أبيات وهي هذه

تعلم جواب الشرط حتم قرانه * بفاء اذا ما فعله طلبا أتى
كذا جامدا أومقسما كان أو بقد * ورب وسين أو بسوف ادريا فتى
أو اسمية أو كان منفي ما وان * ولن من يحد عما حددناه قد عتى

ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط بان قال أنت طالق فان دخلت لا رواية فيه فيمكن أن يقال يتنجز لان الفاء فاصلة ويمكن أن يقال يتعلق لان الفاء حرف تعليق وقياس المذكور في حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ الا أن ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق اذ ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت الا بالنية والفاء وان كان حرف تعليق لكن لا يوجبه الا في محله فلا أثر له هنا ولو قال أنت طالق ان تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به وعند أبي يوسف لا لان ذكره بيان لارادته التعليق ولو قال أنت طالق دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لان ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي أتزوجها طالق أما في المعينة فلغو على ما قدمناه أول الباب ولو قال أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل ولا يشترط وجود العلة وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي انها بمعنى اذا استدلالا بقوله تعالى يمنون عليك أن أسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الارض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا وقول محمد أولى اذ الأصل لجعلها كاذا وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما ولو قال أنت طالق وان دخلت الدار طلقت بكل حال لان الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه تقديره ان لم تدخلي وان دخلت وان هذه هي الوصلية ويقع في الحال بقوله أنت طالق اذ دخلت وبقوله ادخلي الدار وأنت طالق يتعلق بالدخول لان الحال شرط مثل اذا تى ألفا وأنت طالق لا تطلق حتى تؤدي (قوله ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط) واذا تم وقع

وقوله (الا فى كلما فانها تقتضى تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار) فيه نظر من وجهين أحدهما انه عد كلمة كل من ألفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين فان من قال كل امرأة أتزوجها فهى

(الا فى كلما فانها تقتضى تعميم الافعال) قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار قال (فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شئ) لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات فى هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر) لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور

الحنث فلا يتصور الحنث مرة أخرى الا بيمين أخرى أو بعموم تلك اليمين وليس فليس وقال بعضهم فى متى انها تفيد التكرار كقوله

متى تأته تعشو الى ضوء ناره * تجد خير نار عندها خير موقد

والحق انها انما تفيد عموم الاوقات بمعنى أن أى وقت تأتى تجد ذلك ففى متى خرجت فأنت طالق المفاد ان أى وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق فى وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر الا لو أفادت التكرار وان مع لفظ أبدا مؤدى لفظ متى بانفراده فاذا قال ان تزوجت فلانة أبدا فهى طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا أجاب أبو نصر الدوسى ومن غرائب المسائل ما فى الغاية من قال لنسوة له من دخل منكن فهى طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول أضيف الى جماعة فيراد به عمومه عرفا مرة بعد أخرى واستشهد له بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا أفاد العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد وبما ذكر محمد فى السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما واستشكل بان العموم فى الاول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع اليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر وعموم الثانى بدلالة الحال وهو ان مراده التشجيع وكثرة القتل قيل والاولى الاستشهاد بقوله تعالى واذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد فى كل مرة فقد أفادت اذا التكرار لعموم الاسم الذى نسب اليه فعل الشرط والاوجه ان العموم بالعلة لا بالصيغة فيهما فى المسائل فيهما من ترتب الحكم وهو الجزاء فى الاول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به وفى المحيط وجوامع الفقه لو قال أى امرأة أتزوجها فهى طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث تعم بعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم أى امرأة أتزوجها بعموم الصفة (قوله الا فى كلما فانه يتكرر) ومن لطف مسائلها اذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقى عليك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق ان الشرط فى الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرار الوقوع فيتكرر الا ان الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها وفى الاولى اقتضى تكرره بتكرر طلاقه ولا يقال طلقها اذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان احداهما بحكم الايقاع والاخرى بحكم التعليق (قوله ومن ضرورة التعميم التكرار) أورد فى كل عموم ولا تكرار فانه لو قال كل امرأة أتزوجها طالق فتزوج فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق وأما الوقوع على امرأة أخرى بتزوجها فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط وأجيب بان المراد تعميم الافعال والتكرار من ضرورته لانه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الامثال من واحد (قوله ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة) أبدا لان الشرط ملك يوجد

طالق فتزوج امرأة طلقت ولو تزوج أخرى طلقت كذلك فكان الواجب أن يقول فى الاستثناء الا فى كل وكلما والثانى انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم فى كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التى طلقت ثانيا لم يقع الجزاء والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هى باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر انما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشأ الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثانى ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم فى الافعال انما يكون بتجدد الافعال وهو المراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهى الى الثلاث فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شئ لان الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شئ منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء ينتفى الكل وفيه خلاف زفر وسيجئ (ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لما ذكرنا ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج) وهو غير محصور

(قوله انما هى باعتبار ما يليها الخ) أقول أى بالذات أو بواسطة اسم (قوله قد انتهت اليمين) أقول فى كلمة كل أيضا

قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين (ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق) لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا (وان وجد في غير الملك انحلت اليمين) لوجود الشرط (ولم يقع شئ) لانعدام المحلية (وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة) لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه

في المستقبل وهو غير محصور وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه وعن أبي يوسف في المنتقى اذا قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأة طلقت فان تزوجها ثانيا لا تطلق الا مرة واحدة ولو قال ذلك لمعينة كلما تزوجتك أو تزوجت فلانة تكرر دائما واستوضحه بما اذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك الا مرة واحدة والحاصل ان كلما عند أبي يوسف انما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل وكلما اذا نسب فعلها الى منكر فان قلت بينهما فرق فان كلا يقتضي عموم الاسماء وعموم الافعال يثبت ضرورة وكلما يقتضيه في الافعال وعموم الاسماء يثبت ضرورة فاذا وجد في لفظ كل اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الاسماء وفي كلما اذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الافعال المماثلة سواء تعلقت بما تعلق به الاول أولا قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الاسماء ضرورة ولا حاجة بنا الى النظر الى سببه اذ المقصود انه يثبت العموم في الافعال والاسماء فصار الحاصل كل تزوج لكل امرأة وفي مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا على ما قرروا في ركب القوم دوابهم وجعلوا أصابعهم في آذانهم فلزم بالضرورة انها اذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحنث في امرأة واحدة وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه من المسئلتين ويدفع بان انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوي وهو منتف لان دائرة عموم الافعال أوسع لان كثيرا من أفراده ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب (قوله وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا اذا قال لعبده ان دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق في الحال ولا بد من تقييد عدم البطلان بما اذا زال الملك بما دون الثلاث اما اذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سيأتي ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين الى آخر ما في الكتاب هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلاث خلافا لزفر كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب عند أبي حنيفة خلافا لهما حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافا لهما وفائدة الخلاف فيما اذا جاء تائبا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شئ عنده وينقص عندهما (قوله وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق) وعلى هذا لو قال ان لم تدخلي اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخل وقال دخلت فالقول له وان كانت متمسكة بالاصل وهو عدم الدخول ولو قال ان لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق فقالت لم يجامعني وقال فعلت فالقول له مع انها متمسكة بظاهر من عدم الجماع وحرمته في الحيض الداعية الى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر هنا ما في النكاح لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت القول قوله خلافا لزفر لهذا أيضا فهذا أصل كلي بخلاف ما لو قال وهي في طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال جامعتك في حيضتك فأنكرت فالقول لها ان كانت طاهرة لانه يريد ابطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف اليه أما الاول فلان المضاف سبب في

قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) اذا قال لها أنت طالق ان دخلت الدار ثم أبانها لم يبطل اليمين لما مر أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء أيضا باق لبقاء المحل وهو المرأة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في بقائه يمينا واليمين لا يحتاج الى الملك ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فأنت طالق ففي البقاء أولى اذ البقاء أسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو اما أن يوجد الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط أو في غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين أما وقوع الطلاق فلأن الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شئ لانعدام المحلية (وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج) على ما ذكر في الكتاب وهو واضح

(قوله ولم تطلق فلانة) ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج في قولها حضت وأما اذا صدقها فانه يقع وقوله (كما قبل في حق العدة والغشيان) اما قبولها في العدة فبان تقول قد انقضت أو لم تنقض وأما في الغشيان فيحتمل معنيين أحدهما أن تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني والثاني أن يقبل قولها في حق حل الجماع وحرمته بقولها انا طاهر أو حائض وقوله (لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها) وفيه بحث وهو انها لا تخلو من الحيض وعدمه والمآل شمول طلاقهما أو شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشيء موجودا ومعدوما في حالة واحدة وهو محال وأجيب بأن الشرع أثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اختلاف اقتضائهما وليس ذلك ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي أحدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه أمر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها حاض حضت وليس ثمة اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه

(فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها أمينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها

الحال وأما الثاني فلان الوقت وقت طلاق السنة بالفرض (قوله فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها) عليه الاربعة رحمهم الله تعالى وعن أحمد لا يقع وتختبرها النساء بادخال قطنة في فرجها في زمان قالت ذلك ودفع بأنها أمينة مأمورة باظهار ما في رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في أرحامهن تحريم كتمانها أمر بالاظهار وفائدة الامر بالاظهار ترتيب أحكام الطهر وهو فرع قبوله مع ان ادخال القطنة لا يوصل الى علم ولا ظن لجواز أخذه من الخارج تحملت به (قوله ولم تطلق فلانة) هذا اذا كذبها أما اذا صدقها طلقت فلانة أيضا وكذا في جميع نظائره (قوله كما قبل في حق العدة) أي انقضائها حتى لو طلقها طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت عدتي انقطع حق الرجعة أو قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله جاز له تزوجها اذا غلب على ظنه صدقها (والغشيان) أي حل الوطء وحرمته فلو قالت أنا حائض حرم أو طاهر حل أو قالت المطلق ثلاثا تزوجت بثان وغشيني حلت له لا يقال اما أن تكون حاضت أولا فعلى الاول يقع عليهما وعلى الثاني لا يقع على واحدة منهما لانا نقول المنظور اليه في حقها شرعا الاخبار به لانها أمينة وفي حق ضرتها حقيقته وشهادتها على ذلك شهادة فرد وإخبارها به لا يسري في حقها مع التكذيب ولا بعد في أن يقبل قول الانسان في حق نفسه لا غيره كاحد الورثة اذا أقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه الا أن يصدقه الباقون والمشتري اذا أقر بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع هذا وانما يقبل قولها اذا أخبرت بالحيض وهو قائم أما بعد الانقطاع فلا لانه ضروري فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله ان حضت حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي يلي الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لا يقبل قولها ولا يقع لانها أخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع الا اذا أخبرت في الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع وهذا لانها جعلت أمينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذا كذبها الزوج ولو قال لامرأتيه اذا حضتما فأنتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا أن يصدقهما فان صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلاثا فقال ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق احداهن فان صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن أربعا والمسئلة بحالها لم يطلقن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق واحدة أو ثنتين وان صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان

(قوله والآخر العدم) أقول عن محل وجود الحل مثلا (قوله بخلاف ما نحن فيه) أقول فانه يقتضي عدم الحيض عما وجد فيه في حق طلاق الضرة وعتاق العبد

(وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله فى نار جهنم فأنت طالق وعبدى حر فقالت أحبه أو قال ان كنت تحبينى فأنت طالق وهذه معك فقالت أحبك طلقت هى ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها) لما قلنا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفى حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففى حق غيرها بقى الحكم على الاصل وهى المحبة (وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام) لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا (فاذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت) لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء

حاض بعضهن يكون ذلك بعض ما يثبت به الحكم فلا يثبت وان قلن جميعا حضنا لا يثبت حيض كل واحدة الا فى حق نفسها الا أن يصدقها فيثبت فى حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض نظر فان كانت المكذبة واحدة طلقت هى وحدها لتمام الشرط فى حقها لان قولها مقبول فى نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها فى غيرها فلم يتم الشرط فى الغير وان كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا فى حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا (قوله وكذلك اذا قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله الى قوله لما بينا) يريد انها أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فأما هنا فكذبها متيقن فكيف نحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط أجاب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيها فجاز أن تحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب فى الحال على تمنى الخلاص منه بالعذاب ولو قال ان كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق فقالت أحبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب وقال محمد لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل فى المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل يبطل الخلفية قلنا بل عدم امكان الوقوف على ما فى قلبها أوجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفى الظهيرية ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تعتبر وان أمكن الاطلاع عليها وهو قال لامرأته أنت طالق ان كنت أنا أحب كذا ثم قال لست أحبه كاذبا فهى امرأته فيما بينه وبين الله تعالى واستشكل السرخسى هذا بانه ان لم يعلم ما فى قلبها فانه يعلم ما فى قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا اذ القلب متقلب لا يثبت على شئ فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والاحكام انما تناط بالامور الظاهرة لا الخفية كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قلبه واعلم ان التعليق بالمحبة انما يفارق التعليق بالحيض فى انه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق وانها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى وفى الحيض لا يقتصر على المجلس كسائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان تكون صادقة ﴿فرع﴾ فى الجامع الاصغر قال الفقيه أبو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيأ من السب نحو قرطبان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فأنت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لان الزوج فى الغالب لا يريد الا أن يؤذيها بالطلاق كما آذته وقال الاسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها ان كنت أنا قرطبان فأنت طالق تطلق وان قال أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط (قوله فكان حيضا من الابتداء) ويجب على المفتى أن يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان

وقوله (وكذا لو قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله إياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب أن لا يقبل قولها أصلا ووجهه أنه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة غضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله (وفى حقها ان تعلق الحكم باخبارها) ظاهر وقوله

(ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها) لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر (وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم) لان اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما إذا قال إذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه (ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل) لانها لو ولدت الغلام أولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية أولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى أن يؤخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

المعلق بالحيض عتقا لجنى العبد أو جنى عليه بعد رؤية الدم قبل أن يستمر فانه اذا استمر ثلاثة أيام يصح النكاح ويعتبر في العبد جناية الاحرار ولا تحسب هذه الحيضة من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها (قوله ولو قال لها ان حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر) أي يحكم بطهرها عن هذا افترق الحال بين ان حضت حيضة فأنت طالق وان حضت حيث لا يكون الاول بدعيا لانه انما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينا في ذمتها وأما بالعشرة فبمجرد الانقطاع (قوله لان الحيضة بالهاء هي الكاملة) عن هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لانه اسم للكامل وهي لا تتجزأ خلافا لزفر في قوله تطلق بحيض خمسة أيام للتيقن بالنصف قلنا هذا نصف أقصى مدته لا نصف الدرور ولو كانت حائضا لا تطلق مالم تطهر ثم تحيض واذا قال لطاهرة أنت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض وتطهر لان اليمين يقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناول الماضي بخلاف قوله أنت طالق قبل أن تحيضي حيضة بشهر حيث تطلق اذا حاضت فلا ينتظر الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وسنتكلم عليه في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار) اذ لم يقل اذا صمت يوما أو شهرا فيتعلق بما يسمى صوما في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامساك ساعة فيقع به وان قطعته بعده وكذا اذا صمت في يوم أو شهر لانه لم يشرط كماله بخلاف ما اذا قدره بمعيار كاذا صمت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه ونظيره اذا صمت يوما اذا صمت صوما لا يقع الا بتمام يوم لانه مقدر بمعيار واذا صليت صلاة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة واذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري أيهما الاول) لانه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شيء لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع وان اختلفا فالقول للزوج لانه منكر للزيادة وتقرير المسئلة واضح من الكتاب وما عن الشافعي من انه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معا قيل ينبغي أن لا يعول عليه لانه مستحيل عادة غير انه ان تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعتد بالاقراء ولو ولدت غلاما وجاريتين ولا يدري أولهم وقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه

(إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق) والفرق بينه وبين ماقبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فأنت طالق وهذا العبد حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب له وكان الطلاق بدعيا وقوله وإذا قال إذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعدما طهرت وقوله (في حديث الاستبراء) يريد به ماقاله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة أراد به كمال الحيض وهو إنما يكون بانتهائه بانقطاع الدم إذا كان أيامها عشرة أيام وبالانقطاع والغسل أو مايقوم مقامه إذا كانت أيامها دون العشرة وقوله (وإذا قال أنت طالق اذا صمت يوما) ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت صوما فحكمه كذلك (بخلاف ما اذا قال اذا صمت) فانها اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب قال (ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة) هذه المسئلة لا تخلو عن أوجه ان علم أن الغلام ولدته أولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شيء بعده وان علم ان الجارية ولدت أولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول للزوج لانكاره الزيادة وان لم يدر أيهما أول لزمه في القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة ثلاثا ولو ترك وطء امرأة تحل له وطؤها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه وقوله (والعدة منقضية بيقين لما بينا) يريد قوله لانها لو ولدت الغلام أولا الخ) وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل

لان

(وان قال لها ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى) وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجدا في غير الملك فلا يقع أو وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع) أو وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذهما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام بأهلية المتكلم

لان الغلام ان كان أولا أو ثانيا تطلق ثلاثا واحدة به وثنتين بالجارية الاولى لان العدة لا تنقضي مابقي في البطن ولد وان كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الاولى ولا يقع بالثانية شيء لان اليمين بالجارية انحلت بالاولى ولا يقع بالغلام شيء لانه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالاقل قضاء وبالاكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية تلزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث لانه اذا كان الغلامان أولا وقعت واحدة بأولهما ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الاخيرة لانقضاء العدة وان كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلاث وواحدة ولو قال ان كان حملك غلاما فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان حملك اسم جنس مضاف فيعم كله فما لم يكن الكل جارية أو غلاما لا يقع كما في قوله ان كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله كقوله ان كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقا فطالق فاذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال ان كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث وفي الجامع لو قال ان ولدت ولدا فأنت طالق فان كان الذي تلدينه غلاما فطالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في المقيد وهو قول مالك والشافعي (قوله وان قال لها ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف) حاصل مبنى الخلاف انه اذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو ان دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا وقال زفر رحمه الله عند كل منهما وقياسه فيما اذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل ان جاء زيد وعمرو فأنت طالق فان الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق الا أن يجيء كل منهما وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسئلة اذا حضتما فأنتما طالقان وجعله في شرح الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذاك لان تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فانهما لو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط وغايته تعدده بالقوة وجه قول زفر اعتبار الاولى من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عنده اذهما في حكم هذا الطلاق كالشيء الواحد لتوقفه على كل منهما (ولنا ان صحة الكلام بأهلية المتكلم) وانما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الاهلية قيام الملك في الحال وكون الشرط الملك ليصير الجزاء في الاول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا الى ظهور الاستصحاب ومتيقنه في الثاني فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الاخافة الحاملة على الامتناع أو الفعل فاذا تمت لا يحتاج في بقائها الى ذلك لان بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة وانما يحتاج اليه لوقوع الحنث والحنث لا يثبت الا عند الاخير فلا يشترط الملك الا عنده وهذا ما وعده المصنف في أوائل الباب وأما الشرطان فتحققهما حقيقة بتكرار أداتهما وهو على وجهين بواو وبغيره أما الثاني فكقوله ان أكلت ان لبست فأنت طالق لا تطلق مالم تلبس ثم تأكل فتقدم المؤخر وهذا الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط وصورته في الجامع قال كل امرأة أتزوجها ان كلمت فلانا فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير ان كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها طالق واستغنى عن الفاء بتقديم الجزاء فالكلام شرط الانعقاد والتزوج شرط الانحلال وأصله قوله تعالى ولا ينفعكم نصحي ان أردت ان أنصح لكم ان كان الله يريد أن يغويكم المعنى ان كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم

وقوله (ان كلمت أبا عمرو) على ماذكره في الكتاب واضح سوى ألفاظ نذكرها وقوله (في حق الطلاق كشيء واحد) يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذلك هذا (ولنا ان صحة الكلام) أي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين (باهلية المتكلم)

(قوله ولنا ان صحة الكلام) أي صحة هذا الكلام الى

الاأن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا فى الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة

نصحى ان أردت ان أنصح لكم وقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى ان أراد النبى أن يستنكحها فالجواب أحللنالك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبى ان أراد النبى فالمعنى ان أراد النبى أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها قيل ويحتمل تأخر ارادته لانها كالقبول فالمعنى ان وهبت مؤمنة نفسها للنبى فان أراد النبى أى قبل أحللناها و وجه المسئلة انه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا لنزول الجزاء لعدم العطف وان روى عن محمد فى غير رواية الاصول انه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط فى موضعه وهو رأى امام الحرمين من الشافعية لان الاصل عدم التقدير الا بدليل والكلام فى موجب اللفظ ولا الشرط الثانى مع ما بعده هو الجزاء للاول لعدم الفاء الرابطة ونية التقديم والتأخير أخف من اضمار الحرف لانه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شئ آخر فكان قوله ان أكلت مقدما من تأخير لانه فى حيز الجواب المتأخر والتقدير ان لبست فان أكلت فأنت طالق وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التنجيز فى مثل ان دخلت الدار أنت طالق وعلى ما قدمناه عن أبى يوسف من لزوم اضمار الفاء يجب أن لا يعكس الترتيب وفى التجريد لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ان كلمت فلانا لابد من اعتبار الملك عند الشرط الاول فان طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهى فى العدة ثم كلمت فلانا وهى فى العدة طلقت انتهى وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا اذا قال ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتنى فأنت طالق لا تطلق حتى تسأله أولا ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط فى العطية الوعد وفى الوعد السؤال فكانه قال ان سألتنى ان وعدتك ان أعطيتك و بهذا قال أبو حنيفة والشافعى رحمهما الله تعالى ومن الحنابلة من قيد ذلك بما اذا كان الشرط باذا فان كان بان تطلق لوجودهما كيف كان لان المعروف فى ذلك اذا الإن وأما الاول فاذا قال أنت طالق اذا قدم فلان واذا قدم فلان أو ذكر بكلمة ان أو متى فأيهما قدم أولا يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر لان قوله أنت طالق اذا قدم فلان يمين تام لوجود الشرط والجزاء والشرط الثانى لا جزاء له فاذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه أى تعلق جزاؤه بعينه به كانه قال واذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة فلذا لو قدما معا لم يقع الا طلاق واحد وكذا اذا خلل الجزاء بين الشرطين فقال ان قدم فلان فأنت طالق واذا قدم فلان أيهما سبق وقع ثم لا يقع عند الشرط الثانى شئ الا أن ينوى أن يقع عند كل واحد تطليقة فتقع أخرى عند الثانى وان أخر الجزاء فقال اذا قدم فلان واذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع حتى يقدما لانه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصارا شرطا واحدا فلا يقع الا بوجودهما لانه لو وقع بأولهما صار عطفا على اليمين كالاول لا على الشرط فقط فان نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته بنية تقديم الجزاء على أحد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فأما اذا عطف بلا أداة شرط كان المجموع شرطا واحدا كما فى مسئلة الكتاب الا أن ينوى وقوع الطلاق بأحدهما لانه نوى اضمار كلمة الشرط كذا فى شرح الزيادات ﴿ تنبيه ﴾ يشترط فى صحة الشرط الاتصال كالاستثناء وعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق وفى الجامع لو قال ان دخلت ان دخلت فأنت طالق يتعلق استحسانا وقال الكرخى ينبغى أن لا يتعلق على قوله لان الثانى لغو كقوله حر وحر ان شاء الله تعالى على قوله والجواب انه تأكيد بخلاف وحر لان التأكيد بلفظه لا يكون بالواو فانما يشا كله حر حر ان شاء الله ولا يعتق فيه وأجمعوا ان السكوت والعطف لا يمنعان العطف

وهى قائمة به فتكون صحته قائمة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا أو مانعا وحالة تمام الشرط لنزول الجزاء لكونه لا ينزل الا فى الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فاتت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم تبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص فى خلال الحول فانه لا يضر

قوله ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق الخ) أقول تفريع المصنف صحة اليمين على اشتراط الملك عند التعليق لا يطابق لما ذكره الشارح فليتأمل (قوله وحالة تمام الشرط) أقول معطوف على قوله حالة التعليق

مادام

(وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه هي طالق ما بقي من الطلاق) وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه وأصله ان الزوج الثاني يهدم مادون الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم مادون الثلاث فتعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى (وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شئ) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل واذا كان الجزاء ماذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا أبانها لان الجزاء باق لبقاء محله

مادام في المجلس كذا في الذخيرة لان العطف غير مغير بل مقرر بخلاف الشرط والاستثناء واذا تعقب الشرط أجزيه ايستايها نا تامة ذكرنا من قريب قيد الكل واذا قال أنت طالق وعبده حر ان كلمت فلانا يتعلق كل منهما به وعن هذا اذا قال أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثا وأربعا ان دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث (قوله وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا وطلقها ثنتين الخ) فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث أما عند محمد فلان الباقي واحدة بها يكمل الثلاث وأما عندهما فالثلاث المعلقة بواسطة ملكه ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية وانما تظهر فيما اذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت الى الاول ثم وجد الشرط فعند محمد رحمه الله تعالى تحرم حرمة غليظة وعندهما لا اذ علك بعد الوقوع ثنتين (قوله وسنبينه بعد) ونحن نبينه هنالك ان شاء الله تعالى (قوله ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك) لما قدمنا ان معنى اليمين

وقوله (وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا) مسئلة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق أما عند محمد فلعدم الهدم وأما عندهما وان وجد الهدم قبل الدخول في الدار يقع الثلاث لان الثلاث معلقة بدخول الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا لتحققه (وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شئ وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ) اذ لم يقيد تطليقات في ملك دون ملك فلا يتقيد (قوله وقد بقي احتمال وقوعها) أي بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر (فتبقى اليمين) فاذا وجد المحل يقع الجزاء (ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك) بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط أو حاملا عليه فهو الجزاء لان اليمين للمنع أو الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك واذا كان الجزاء ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال ان حضت فانت طالق لانه لا يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا وأجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادرا وانما هو آت في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب أن يقال الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور وقوله (بخلاف ما اذا أبانها) يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث أي فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا أبانها بطلقة أو طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهي مسئلة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسئلة الظهار فان هذه المرأة لو كان قال لها زوجها ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي فطلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار وأجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني الا أنها ان دخلت الدار بعد التطليقات الثلاث انما لا يصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار

(قوله وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط الخ) أقول فيه سوء ترتيب (قوله وفيه نظر) أقول وفي نظره نظر فان عدم الانحصار فيها لا يخرج أمثالها عن حيز الندرة أيضا اذ لا يحلف بامثالها في الاغلب فليتأمل

(ولو قال لامرأته اذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا وان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر) وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فأنت حرة (وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه انه أوجب المهر في الفصل الاول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد) وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم أولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن أحدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللباث عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع والله تعالى أعلم بالصواب

انما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الاخافة والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لانه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم فراقها وعودها الى الاول لانه عقد بعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم مرادا لعدم تحقق اليمين باعتباره فتقييد الاطلاق به بدلالة حال المتكلم أعنى ارادة اليمين وأيضا بوقوع الثلاث خرجت عن المحلية له وانما تحدث محليتها بعد الثانى فصارت كالمرتدة تحدث محليتها بالاسلام وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فجعلت حماما أو بستانا لا يقع اليمين فهذا كذلك بخلاف قوله لعبده ان دخلت فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لان محليته بالرق ولم تزل بالبيع وبخلاف ما اذا طلقها ثنتين والمسئلة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت اليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافا لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لانه وان كان استفاد حلا جديدا بملك جديد يملك به الثلاث لان عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها اليه وأورد بعض أفاضل أصحابنا انه يجب ان لا يقع الا واحدة كقول زفر لقولهم المعلق طلقات هذا الملك والفرض ان الباقى من هذا الملك ليس الا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال أنت طالق ثلاثا فانما تقع واحدة لانه لم يبق فى ملكه سواها والجواب ان هذه مشروطة والمعنى ان المعلق طلقات هذا الملك الثلاث مادام ملكه لها فاذا زال بقى المعلق ثلاثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق فاذا نجز ثنتين زال ملك الثلاث فبقى المعلق ثلاثا مطلقة ما بقيت محليتها وأمكن وقوعها وهذا ثابت فى تنجيز الثنتين فيقع والله أعلم وبخلاف ما لو قال ان دخلت الدار فأنت على كظهر أمى ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لان الظهار تحريم الفعل لا الحل الاصلى الا ان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود فى النكاح أما الطلاق فتحريم الحل وقد فات بتنجيز الطلقات (قوله ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلاث) ثم لم يخرجه فى الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر أى العقر بهذا اللبث بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله (وكذا إذا قال لامته إذا جامعتك) فأنت حرة عتقت بالتقاء الختانين فاذا مكث بعده لا يجب عليه عقر لها وعن أبى يوسف انه أوجب العقر فى الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقى العقر (وجه الظاهر ان الجماع الادخال وليس له دوام) حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لانه وجد الادخال الا ان الحد لم يجب لشبهة الاتحاد أى فيه شبهة انه جماع واحد وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وذلك بالنظر الى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة فى المجلس الواحد وإذا امتنع الحد وجب المهر لان التصرف فى البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر أو مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق فى هذه المسئلة رجعيا يصير مراجعا باللباث عند أبى حنيفة خلافا لمحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد ان الدوام ليس

(قوله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا) ظاهر وقوله (فى الفصل الاول) يعنى اذا لم يخرجه وقوله (لوجود الجماع بالدوام عليه) معناه انه جعل الدوام على اللباث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائى وقوله (ولا دوام للادخال) معناه ان للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له وقوله (وجب العقر) قال فى ديوان الادب العقر مهر المرأة اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام العتابى العقر فى شرح الجامع الصغير وقوله (لوجود المساس) اشارة الى أن هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبى يوسف وأما دوام المساس فهو موجود بالاجماع وعن هذا قيل ينبغى أن يصير مراجعا فى هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة

﴿فصل في الاستثناء﴾ (وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق)

بتعرض للبضع على ما مر فلم يوجد سبب مستأنف للرجعة بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فانه يصير مراجعا بالاجماع وعن محمد لو ان رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة فان لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستأنف الادخال لان دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم

﴿فصل في الاستثناء﴾ هو بيان بالا أو احدى أخواتها ان ما بعدها لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع حدا اسميا المفهوم لفظ استثناء اصطلاحا على انه متواطئ وعلى انه حقيقة في الاخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره يراد الكائن بعض الجنس في المتصل ويقيد بغيره في المنقطع والاوجه كون الخلاف في ان الا حقيقة في الاخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وفيه من غير الجنس أيضا بالتواطئ والاشتراك اللفظي فانه أفيد بخلاف معنى لفظ استثناء فانه لا طائل تحته بل لا حاجة اليه والحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من اثبات موجبه الا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم مسئلة ان شاء الله لمشابهتها الشرط في منع الكل وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على مهيعه لانه منع لا الى غاية والشرط منع الى غاية تحققه كما يفيده أكرم بني تميم ان دخلوا ولذا لم يورده في بحث التعليقات ولفظ الاستثناء اسم توقيفي قال تعالى ولا يستثنون أي لم يقولوا ان شاء الله وللمشاركة في الاسم أيضا تجده ذكره في فصل الاستثناء وانما يثبت حكمه في صيغ الاخبار وان كان انشاء ايجاب لا في الامر والنهي لو قال اعتقوا عبدي بعد موتي ان شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه ولو قال بع عبدي هذا ان شاء الله كان للمأمور بيعه قيل لان الايجاب يقع ملزما فيحتاج الى ابطاله بالاستثناء وذكره ليس الا لذلك والامر لا يقع ملزما لقدرته على عزله فلا حاجة الى الاستثناء ليجب اعتبار صحته وعن الحلواني كل ما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غد ان شاء الله له أداؤه بتلك النية وهل الشرط في صحته تصحيح حروفه وان لم يسمعه أو ان يسمعه يجري فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلاة (قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله الخ) وكذا اذا قال ان لم يشأ الله أو ما شاء الله أو فيما شاء الله أو الا أن يشاء الله أو ان شاء الجن أو الحائط وكل من لم يوقف له على مشيئة لم يقع إذا كان متصلا فلا يفتقر إلى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكى عند نافيه خلاف قال خلف يقع وقال أسد لا يقع وهو الظاهر من المذهب لان الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت أبا يوسف في النوم فسألته فقال لا يقع فقلت لم قال أرأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أكان يقع قلت لا قال كذا هذا وكذا إذا لم يدر ما هو إن شاء الله لما ذكرنا وصار كسكوت البكر إذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدري ان السكوت رضا يمضي به العقد عليها وفي خارج المذهب خلاف في النية قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصالها به واعلم ان ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فمقتضاه ان تطلق واحدة رجعية لان الغيب هو ما شاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ولا شك في أنت طالق المذكور فصار كقوله أنت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها حرفيا أي مدة مشيئة الله فلا تطلق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمجز لا يخلو عن نظر وانما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة إذا كان الاظهر كونها المصدر به الظرفية ليترجح تعليقه بالمشيئة لكن الثابت لكثرة استعمالها موصولا اسميا ثم لا يقع قضاء ولا ديانة إذا قلنا بتساوي استعماليها وأخبر انه أراد الظرف اما إذا لم يكن نية فينبغي ان يقع وعلمت انه لا يحتاج الى نية أما لو قال ان شاء زيد فهو

﴿فصل في الاستثناء﴾ الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا وألحقه بفصل التعليق لتآخيهما في كونهما بيان التغيير ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما كانت مسئلة إن شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يمنع أول الكلام أو باعتبار ان الله تعالى سمى ذلك استثناء قال ولا يستثنون واختلفوا في ان قوله ان شاء الله بعد ذكر الجمل للابطال أو للتعليق فذهب أبو يوسف إلى الاول ومحمد إلى الثاني والى هذا اشار المصنف في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال أو تعليق وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هنالك ان شاء الله تعالى (وإذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق)

﴿فصل في الاستثناء﴾ (قوله ان كل واحد منهما يمنع أول الكلام) أقول منعا لا الى غاية بخلاف الشرط فانه يمنع الى غاية

لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه

تمليك منه معتبر فيه مجلس علمه فان شاء فيه طلقت والا خرج الامر من يده وكذا الا أن يشاء زيد او يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو الا أن يبدو له غير ذلك تقيد بمجلس العلم ويعتبر فى ذلك كله اخبار فلان بلسانه لا مشيئته ورضاه بقلبه لان المشيئة واخواتها أمر باطن وله دليل ظاهر وهو العبارة فيقام مقامه كذا فى شرح الجامع وكذا إذا أضاف المشيئة والثلاثة بعدها إليه تعالى بالباء فقال طالق بمشيئة الله تعالى و إرادته ومحبته ورضاه لا يقع لانه معنى التعليق إذ الباء للالصاق والكائن فى التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان أضاف الاربعة وما بعدها بالباء الى العبد كان تمليكا وان قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو باذنه أو بعلمه أو بقدرته وقع فى الحال سواء أضافه اليه تعالى أو الى العبد لانه يراد به فى مثله التنجيز عرفا وإن قال بحرف اللام يقع فى الوجوه كلها سواء أضافه الى الله تعالى أو الى العبد لانه تعليل للايقاع كقوله طالق لدخولك الدار وان قال بحرف فى ان أضافه اليه تعالى لا يقع فى الوجوه كلها إلا فى قوله طالق فى علم الله تعالى فانه يقع فى الحال لان فى بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع الا فى العلم لانه يذكر للمعلوم وهو واقع ولانه لا يصح نفيه عنه تعالى بحال فكان تعليقا بأمر موجود فيكون تنجيزا ولا يلزم القدرة لان المراد منها هنا التقدير وقد يقدر شيأ وقد لا يقدره حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع فى الحال كذا فى الكافى والاوجه أن يراد العلم على مفهومه وإذا كان فى علمه تعالى انها طالق فهو فرع تحقق طلاقها وكذا نقول القدرة على مفهومها ولا يقع لان معنى أنت طالق فى قدرة الله تعالى أى فى قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه يقال للفاسد الحال فى قدرة الله صلاحه مع عدم تحققه فى الحال وفيه أيضا وان أضاف الى العبد بفى كان تمليكا فى الاربع الاول وما بعدها من الهوى والرؤية تعليقا فى الستة الاواخر ولا يخفى ان ما ذكره فى التنجيز بقوله فى علم الله يأتى فى قوله فى ارادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال طالق واحدة ان شاء الله وثنتين ان لم يشأ الله لم يقع شئ لان الاول لحقه الاستثناء فبطل والثانى باطل لانه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان فى تصحيحه ابطاله ولو قال طالق واحدة اليوم ان شاء الله وان لم يشأ فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة فى اليوم لطلقها فيه فيثبت انه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى عز وجل والمسئلتان مذكورتان فى النوازل وقال فى المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء الله وان لم يشأ فى اليوم فطالق ثلاثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا وجهه ما بينا وقال لو لم يقيد باليوم فى اليمين فهو الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثا بلا فصل وقد ظن انه مخالف مسئلة النوازل والجواب ان مسئلة المنتقى تعليق الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبل الموت اذ لو شاء الله تعالى التطليقتين لاوقعهما الزوج وفى مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله اياهما فلا يقعان أبدا (**قوله** لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق الخ) غريب بهذا اللفظ ومعناه مروى أخرج أصحاب السنن الاربعة من حديث أيوب السختيانى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى لفظ النسائى ولفظ الترمذى فلا حنث عليه وأخرجه أحمد والنسائى وابن ماجه وقال الترمذى حديث حسن غريب وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفا وعن سالم عن ابن عمر موقوفا ولا نعلم أحدا رفعه غير أيوب السختيانى وقال اسمعيل بن ابراهيم كان أيوب أحيانا يرفعه وأحيانا لا يرفعه اه وهذا كله غير قادح فى الرفع لما قدمنا فى نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع

(لقوله عليه السلام من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لاحنث عليه)

ولانه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول)

واعلم أن مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ ان شاء الله والاستدلال بالحديث المورد في اليمين لا يتم في مجرد أنت طالق ان شاء الله وسنبين ان شاء الله ذلك في كتاب الايمان وأما ما أخرج ابن عدي في الكامل عن اسحق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن أبي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى أو لغلامه أنت حر ان شاء الله تعالى أو على المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شئ عليه وهو معلول باسحق هذا نقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما وأخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه ضعفه عبد الحق بحميد وتعدد طرق الضعيف عندنا وان كان يخرجه الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي (قوله ولانه أتى بصورة الشرط) أي بحرفه دون حقيقته لان مشيئة الله تعالى اما ثابتة قطعا أو منتفية قطعا فلا تردد في حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (وانه اعدام) أي التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط (قوله والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل) يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لقوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط وقال

اذا شاب الغراب أتيت أهلي * وعاد القار كاللبن الحليب

وعند أبي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى وقد نقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على عكسه وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله أنت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الابطال وفي شرح المجمع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاجتنبه بخلاف قوله ان شاء الله فأنت طالق وفيما اذا جمع بين يمينين فقال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت زيدا ان شاء الله فعلى التعليق يعود الى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار يقع وعلى الابطال الى الكل لعدم الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا أو دخلت الدار لا يقع ولو أدخله في الايقاعين فقال أنت طالق وعبدي حر ان شاء الله ينصرف الى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع أما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال وأما عند أبي يوسف فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين يتعلقان به وفيما اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال وفي فتاوى قاضيخان الفتوى على قول أبي يوسف الا أنه عزى اليه الابطال فتحصل أن الفتوى على انه ابطال (قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول) أي اذا سكت كثيرا بلا ضرورة بخلافه بجشاء أو تنفس وان كان له منه بد بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل والفصل اللغو تطلق ثلاثا في قوله أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله عند أبي حنيفة خلافا لهما لان التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول قوله وثلاثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثا وعلى هذا الخلاف عبده حر وحر ان شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التأكيد وقياسه اذا كرر ثلاثا بلا واو أن يكون مثله ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف التفسيري انما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح وحر لقوله حر تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلاثا وثلاثا لو قال أنت طالق وطالق

(ولانه أتى بصورة الشرط) أي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله ليست كذلك لثبوتها قطعا أو انتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (والتعليق اعدام) أي اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلا (فيكون اعداما من الاصل) فكان ابطالا للكلام (ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط) لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال (فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول

(قوله ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا) أقول فيه تأمل الا ان يكون الكلام مبنيا على أزلية تعلقات صفات الله تعالى على ما هو مذهب قدماء أهل السنة (قوله وما هو كذلك) أقول أي الذي أتى فيه بحرف الشرط قال المصنف (فيكون اعداما من الاصل) أقول قال ابن الهمام يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى اهـ وفيه بحث فان أبا يوسف استدل بهذا أيضا على مذهبه كما سيجيء في كتاب الاقرار

وطالق ان شاء الله طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق أربعا ان شاء الله
ولو قال طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس لغوا لانه يثبت به تكميل الاول
ولو قال ثلاثا وبوائن أو البتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لانه مع الثلاث لغو وعن محمد يصح هذا
و يتراءى خلاف في الفصل بالذكر القليل فانه ذكر في النوازل لو قال والله لا أكلم فلانا أستغفر الله ان شاء
الله هو مستثن ديانة لا قضاء وفي الفتاوى لو أراد أن يحلف رجلا ويخاف أن يستثني في السر يحلفه
و يأمره أن يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله أو غيره من الكلام والاوجه أن لا يصح الاستثناء
بالفصل بالذكر ولو كان بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله أو أراد أن يقول فسد انسان فاه
ساعة ثم أطلقه فاستثنى متصلا برفعه صح وعن هشام سألت محمدا عمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا
وهو يريد أن يستثني فأمسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة يعني اذا لم يستثن بعد التخلية ولا
يكتفى بذلك الفصل واشتراط الاتصال قول جماهير العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس جوازه الى
سنة وعنه أبدا وقال سعيد بن جبير الى أربعة أشهر وعن الحسن البصري تقيد بالمجلس وهو قول
الاوزاعي استدلالا بحديث سليمان عليه السلام لأطوفن الليلة على تسعين امرأة كل تلد غلاما فقال له
صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي الى آخره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا جميعا
قلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلا واستدل المطلقون
بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لا يختلى خلاها الحديث فقال له العباس رضي الله عنه
الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال في أسرى بدر لا يفلت أحد منهم الا بفداء أو ضربة
عنق فقال ابن مسعود الا سهيل بن البيضاء فقال الا سهيل بن البيضاء وما أجيب به عن هذين بأنه كان
على جهة النسخ دفع بأنه بالا وهي تؤذن باتصال ما بعدها بما قبلها وليس بلازم لان المقصود الرفع بنفس
لفظ القائل ايذانا بأنه وافق الشرع المتجدد وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الاولى
مدلول عليه بها كأنه قال لا يختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه أبو داود فان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب
بأن كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلف انه
لا يحلف على يمين فيرى غيرها خيرا منها الا أتى التي هي خير وكفر عنها فحين رأى ان عدم غزوهم خير لم
يفعل ما حلف عليه ومنها اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق فلا حنث عليه
والجواب انه محمول على الاتصال بالعرف العملي لان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن في
لفظ الحديث ما يدل عليه فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا مهلة
من حلف على يمين فقال ان شاء الله ثم يوجبه أيضا اللوازم المذكورة في الاصل من انه يستلزم أن لا يحكم
بوقوع طلاق ولا عتاق ولا اقرار بمال ولا ما لا يحصى من اللوازم الباطلة وبذلك أخاف أبو حنيفة
المنصور حين وشى به أعداؤه اليه بأنه يرد رأي جدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل فقال له ما معناه
إن مخالفته فيه لتحصين الخلافة عليك ومنع خروج المخالفين لك من الخروج عليك والا جاز لهم أن
يستثنوا اذا خرجوا من عندك ومذهب الشافعي كمذهبنا في أنه اذا قال متصلا بقوله طالق أو حرة ان
شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك وأحمد في ظاهر الرواية عنه يتنجزان لانه علقهما بشرط محقق
لانه لو لم يشأ الله كلا من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به ويوضحه انه اذا أراد صدور اللفظ منه فقد شاء
الله صدوره وان أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه اذا صدر اللفظ وجب كل منهما وان
أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال والحجة
لنا ما رويناه من المعنى والجواب عن متمسكه انه لم يعلقه بمحقق لانه لا يمكن الاطلاع على ما في

وقوله (فيكون الاستثناء) يعني على قول محمد (أوذكر الشرط) يعني على قول أبي يوسف وقوله (وكذا إذا ماتت) معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني إذا ماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق لان الكلام خرج بالاستثناء من ان يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق أجاب بقوله (والموت ينافي الموجب دون المبطل) يعني ان الايجاب لو اتصل بالموت بأن تموت قبل تمام قوله أنت طالق بطل وأما المبطل وهو الاستثناء أو الشرط فلا يبطل لان مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه (بخلاف ما إذا مات الزوج) بعد قوله أنت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما تعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني أطلق امرأتي واستثني (وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا اثنتين طلقت واحدة) وفي ذكر المثالين اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوز الاكثر ويدعي انه لم يتكلم به العرب

فيكون الاستثناء أوذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول قال رضي الله تعالى عنه (وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى) لان بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء (وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين طلقت واحدة)

مشيئة الله تعالى ونختار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله تعالى وقوله فقد حكمت الشريعة الى آخره ليس على اطلاقه إذ التعليقات من نحو أنت طالق ان قدم زيد أو دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالاجماع وما نحن فيه من هذا القبيل (قوله فيكون الاستثناء أوذكر الشرط الخ) إنما نوعه لما ذكرنا انه على قول محمد استثناء وعلى قول أبي يوسف تعليق على أحد وجهي النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان دخلت فلله علي ان أتصدق بمائة مثلا قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لان من الامثال ما ليس به حقيقة ولان المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه ايجاب المال قال وبه نأخذ الا ان يريد الايجاب على نفسه ﴿فروع﴾ طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لا اشكال في ان القول قوله وكذا اذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للامام محمود البخاري ولو شهدا عليه بأنه طلق أو خالعها بغير الاستثناء أو قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فان لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء ففي المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الاسلام الاوزجندي لا يسمع دعوى الاستثناء اذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف باقراره ومثله اذا قال لعبده أعتقتك أمس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفي الفتاوى النسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقني فالقول لها ولا يصدق الزوج الا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك أنت طالق ان دخلت فقالت طلقني منجزا القول قوله وفي الفتاوى الصغرى اذا ذكر الجعل لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الاسلام أبي الحسن ان مشايخنا أجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق ان لا يصدق الزوج الا ببينة لانه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذي عندي ان ينظر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي ان يؤخذ بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقا له وان عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغي ان لا يؤخذ بقول المانع لغلبة الفساق في هذا الزمان ولو طلق فشهد اثنان انك قد استثنيت وهو غير ذاكر ان كان بحيث اذا غضب لا يدري ما يقول وسعه الاخذ بشهادتهما والا لا يأخذ بها (قوله وكذا اذا ماتت) معطوف على قوله واذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق وقوله والموت ينافي الى آخره جواب عن مقدر وهو ان الموت ينافي الواقع من الطلاق حتى لو قال لها أنت طالق أو طالق ثلاثا فماتت قبل الوصف أو العدد لا يقع فينبغي ان ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق أجاب بأن الموت ينافي الموجب فيبطل به وينافي الاستثناء فلا يبطل به (قوله بخلاف ما لو مات الزوج) قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم ارادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق وقول من قال يحتمل كذبه على الرجل في ذلك أو أن يبدو له فيتركه ليس بشيء لانه خلاف الظاهر ولانه يجب تصديقه فيه ثم الواقع الوقوع فبحثه هذا اذا كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذا اكتفى في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة له غير اللجاج (قوله ولو قال الا اثنتين طلقت واحدة) وعن أبي يوسف لا يصح

(قوله وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد أوذكر الشرط يعني على قول أبي يوسف) أقول مخالف لما أسلفه آنفا الا ان يكون اشارة الى النقل الآخر عنهما ثم أقول ولا يبعد ان يقال الظاهر ان المراد فيكون الاستثناء فيما نحن فيه وذكر الشرط في سائر الشروط

والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان على درهم و بين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شئ ليصير متكلما به وصار فا اللفظ اليه

الاستثناء لانه استثنى الاكثر وهو قول طائفة من أهل العربية وبه قال أحمد قالوا لم تتكلم العرب به وقوله تعالى ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين لا دليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادى الخلص هكذا استقر الاستعمال القرآنى على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون قلنا لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التأويل فى الآية ممنوع ولو سلم مع ما فيه ففى الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادى كلكم جائع الا من أطعمته يا عبادى كلكم عار الا من كسوته ولو سلم فعدم السماع فى تركيب معين لا يستلزم عدم صحة استعماله ألا ترى انه لم يسمع له مائة الا ثمنا وسدس ثمن وسائر الكسور و يجوز استعمالها وهذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقى بعد المستثنى وقولهم اخراج عن الصدر الى آخره تجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانها تستدعى سبق الدخول فان اعتبر الدخول فى التناول فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء لان تناول اللفظ بعلة وضعه لتمام المعنى وهى قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول فى الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا و يلزم أن لا يصح فى نحو قوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم حينئذ اما أن يكون كاذبا فى ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن فى الواقع أو فى الاستثناء ان كان هو المنتفى أو غالطا فى أحدهما و يستحيلان فى حقه تعالى فلزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم ثم هل يكون مرادا بالصدر أعنى العام أو الكل ثم أخرج ثم حكم على الباقى أو أريد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد الا والا قرينته خلاف لا يوجب خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلمه بالباقى أى حكمه عليه وحققنا فى الاصول ان معنى القول الاول انه أريد عشرة وحكم على سبعة فى قوله على عشرة الا ثلاثة فارادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم والا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون عشرة الا ثلاثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب الى القاضى الباقلانى على ان التحقيق ان قوله هو أحد المذهبين كما حققناه فى الاصول بل مراده ما ذكره المصنف من قوله اذ لا فرق بين قول القائل على درهم وعشرة الا تسعة وقوله هو الصحيح احتراز من قول من قال اخراج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه فى الاخبار ما ذكرنا ونسب الى الشافعية والله أعلم فانهم مصرحون بأنه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا أو قالوه على تأويله بظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفى اثبات يوجب القول بالمعارضة لانها توجب حكمين على الثلاثة مثلا فى ضمن العشرة بالاثبات و بعد الا بالنفى لكن لا شك فى انه بحسب الظاهر لا حقيقة للاسنادين فيها والا كان تناقضا وحينئذ فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجح الثانى فيجب حمل المرجوح عليه كما هو لكل معارضة ترجح فيها أحد المتعارضين فظهر انه لم يحكم فى الصدر الا على سبعة (قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل) قيل لانه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز ودفع بانه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية

(والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أى بما بقى من المستثنى منه بعد الاستثناء (هو الصحيح) احتراز عن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه أصول الفقه وإذا كان كذلك لافرق بين ان يقال لفلان على درهم وان يقال عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان أو كثيرا أو أكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده (ولا يصح استثناء الكل من الكل) مثل ان يقول عشرة إلا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شئ (يصير متكلما به وصار فا اللفظ اليه) فبقى كلامه الاول كما كان ويقع الثلاث وقد ظن بعض أصحابنا ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس كذلك لما أنه أبطل استثناء الكل فى الوصية مع أن الوصية تحتمل الرجوع وذكر المصنف فى زياداته أن استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ وأما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائى طوالق الا كل نسائى لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائى طوالق إلا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظى فيصح فيما صح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظا فكذا فيما بقى اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعى لما صح فى قوله أنت طالق عشرة الا تسعة لما انه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف لكنه

قوله وذكر المصنف فى زياداته ان استثناء الكل من الكل الى قوله وان كان هو استثناء من الكل) أقول دليله مذكور فى الشروح

وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فتقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى أعلم بالصواب

لكنه لا يجوز فيه أيضا لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثناء فعلم انه لغيره وهو ماذكر في الكتاب من انه حينئذ لا يبقى بعده شئ يصير متكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا للتكلم بالباقي بعد الثنيا الا لنفي الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على نفي انه لنفي الكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شئ من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيده وما حكى عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر أومساويه كعبيدي احرار الا مماليكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضيخان وزيادات المصنف فلو قال نسائي طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن وفي البقالي لو قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق وفي الذخيرة لو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الطلاق الثلاث عند أبي حنيفة وعندهما يقع ثنتان وعن أبي يوسف واحدة وهو قول زفر فكان أبا حنيفة يرى توقف صحة الاولى الى ان يظهر انه مستغرق أولا وهما يريان اقتصار صحته على الاولى وزفر يرى اقتصاره على الاولى والثانية وقول أبي حنيفة أوجه لان الصدر متوقف على الاخراج ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه اخراج شئ ولو قال واحدة وثنتين الا ثنتين أو ثنتين وواحدة الا ثنتين يقع الثلاث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه في الاولين اخراج الثنتين من الثنتين أو الواحدة وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما ينصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا قيد الاخير منها وكما قيدنا بطلان المستغرق بما اذا كان بلفظ الصدر أو مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فان كان صح فانه ذكر في فتاوى الولوالجي لو قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل اسقاطا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلاثا الا ثنتين الا واحدة كان الواقع ثنتين لانك أسقطت من الثلاث ثنتين أولا فصار الحاصل واحدة ثم أسقطت من الساقط من الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار الباقي ثنتين فقد أخرج من الثلاث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم أخرجهما من الثلاث الصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على ان الثلاث المستثناة من الثلاث لم تبطل بل تتوقف الى أن يظهر استثناء منها فيصح أولا فيبطل والله أعلم وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته ومن فروعها المعروفة على عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا أربعة الا ثلاثة الا اثنتين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين وأربعا الا ثلاثا يقع الثلاث ذكره القدوري وأصله ان الاستثناء تصرف في اللفظ أولا ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا في الحكم ابتداء فلو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال أنت طالق أربعا الا ثلاثا تقع واحدة أو عشرة الا تسعة طلقت واحدة أو خمسا الا واحدة يقع الثلاث وفي المنتقى طالق ثلاثا وثلاثا الا أربعا فهي ثلاث عند أبي حنيفة وزفر لانه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الكل وعند أبي يوسف يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد كأنه قال ستا الا أربعا وماذكر شيخ الاسلام انه ينوى فان قال عنيت ثنتين من الثلاث الاول وثنتين من الثلاث الاخيرة يصح الاستثناء والا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية كذلك الحلواني في هذه المسئلة ولا في

وقوله (وانما يصح اذا كان موصولا به) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا و بدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزأ شرع فى بيان طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكر إذ المرض من العوارض السماوية فأخر بيانه عن بيان حكم من به الاصل وهو الصحة (واذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته وهذا) يسمى طلاق الفار والاصل فيه ان من أبان امرأته فى مرض موته بغير رضاها وهى ممن ترثه ثم مات عنها

وهى فى العدة ورثته خلافا للشافعى قيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان توريثها منه باعتبار أن حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها بائنا فى مرض فصح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضا لانه اذا كان برضاها لا ترثه وممن ترثه لانها ان كانت كتابية أو أمة لا ترث وبالموت فى العدة لانها انه مات بعد انقضائها لم ترث خلافا لمالك وحكم الفرار كما ثبت من جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهى مريضة فانه يرثها (وقال الشافعى لا ترث فى الوجهين) يعنى قبل انقضاء العدة وبعدها لان سبب ارثها منه الزوجية والزوجية قد بطلت بهذا العارض

﴿ باب طلاق المريض ﴾

(قوله وتعليقا كلا وجزأ) أقول لعل مراده تطليقها نصف تطليقة أو ثلثها أو ما أشبه ذلك (قوله لانه إذا كان برضاها لا ترثه الخ) أقول فيه انه إذا طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج فى مرضه ترث وليس ذلك أقل من الرضا فاينا أمل فى الفرق وليس لك ان تقول المراد براءة تطليق نفسها فى صحته لانه صرح فى الغاية انها اذا طلقت نفسها ثلاثا فى مرض موته (قوله وحكم الفرار كما يثبت الى قوله فانه يرثها) أقول كيف يرث ولا عدة فى جانبه ولا قيام للنكاح بوجه من الوجوه فلا امكان وسيجىء ما يقويه بعد أسطر

﴿ باب طلاق المريض ﴾

(واذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته طلاقا بائنا فمات وهى فى العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعى رحمه الله لا ترث فى الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض

المنتقى ولو قال طالق ثلاثا الا واحدة أو ثنتين طولب بالبيان فان مات قبله طلقت واحدة فى رواية ابن سماعة عن أبى يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح وفى رواية أخرى ثنتان وما قيل ان هذه الرواية تناسب أصل أبى يوسف يعنى فى منع اخراج الاكثر فما لا ينبغى لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية وجه الصحيح انه وقع الشك فى الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة ﴿فرع﴾ اخراج بعض التطليقة لغو بخلاف ايقاعه فلو قال طالق ثلاثا الا نصف تطليقة وقع الثلاث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول أبى يوسف ثنتان لان التطليقة لا تتجزأ فى الايقاع فكذا فى الاستثناء فكأنه قال الا واحدة والجواب ان فى الايقاع انما لا يتجزأ لمعنى فى الموقع وهو لم يوجد فى الاستثناء فيتجزأ فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا

﴿ باب طلاق المريض ﴾

لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا وجزأ شرع فى بيان طلاق المريض اذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضرورى اذ لا شك ان فهم المراد من لفظ المرض أجلى من فهمه من قولنا معنى يزول بحلوله فى بدن الحى اعتدال الطبائع الاربع بل ذلك يجرى مجرى التعريف بالاخفى (قوله فى مرض موته) احترازا عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم مات وهى فى العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لان فى الرجعى يرثها وترثه فى العدة وان طلق فى الصحة لقيام النكاح قال ابن المنذر أجمع أهل العلم ان فى طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان فى العدة وأجمعوا انه لو طلقها فى الصحة فى كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا يرثه الآخر وبالعدة لانها لا ترثه اذا مات بعد انقضائها خلافا لمالك فى قوله ترث وان تزوجت بعشرة أزواج ولابن أبى ليلى فى قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول أحمد ويعرف من تقييد الارث بالعدة انه لو طلق امرأته التى لم يدخل بها فى مرض مات فيه لا ترث لانها لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لانه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونهما ممن يتوارثان حال الطلاق لانه تعلق حقها بماله اذا مرض هو اذ ذاك حتى لو كانت كتابية أو أحدهما مملوكا وقت الطلاق لا ترث وان أسلمت فى العدة قبل موته أو عتق لا ترث أما لو قال فى مرضه اذا أسلمت فأنت طالق بائنا ترثه لانه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما اذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة أشهر فعند أبى يوسف ترث وعندهما لا ترث بناء على ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضى به العدة عنده حملا على انه حادث فى العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه ويتيقن بوضعه

وهي السبب ولهـذا الايرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجيـة سبب ارثها في مرض موته والزوج قصـد ابطاله فيرد عليـه قصـده بتأخير عمله الى زمان انقضـاء العـدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في حق ارثها عنـه

براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فترث وعندهما لايحمل على الزنا وان قالته بل على انه من زوج آخر بعد عدة الاول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلاترث وستأتي المسئلة في ثبوت النسب (قوله وهي السبب) أي الزوجيـة هي السبب في الارث وقـد انقطعت بالبينونة وكذا لايرثها اذا ماتت في العـدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبـين وبمذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغـيرة ونقله أبو بكر الرازي عن علي وأبي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد ابن ثابت ولم يعلم عن صحابي خلافه وهو مذهب النخعي والشعبي وسـعيد بن المسيب وابن سـيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبـد الرحمن وطـاوس وابن شـبرمة والثوري وحماد بن أبي سليمن والحرث العكلي لنا الاجماع والقياس أما الاجماع فـلان عثمان رضي الله عنـه ورث تماضر بنت الاصبغ بن زياد الكلبية وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في العدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليـه أحد فكان اجماعا وقال ما اتهمته ولكن أردت السنة وهـذه الرواية أليق مما روي عن عثمان انه قال حين ورثها فر من كتاب الله وقد ذكر عن عبـد الرحمن انه قال مافررت من كتاب الله وقول ابن الزبير في خلافتـه لو كنت أنا لم أورثها أراد به لعدم علمي اذ ذاك بان الحكم الشرعي في حقها ذلك وهو بعد انعقاد الاجماع فيه فلا يقدح فيه لايقال بل على هذا التقرير لم يكن اجماعا لانه كان سكوتيا وحـين قال ابن الزبير ذلك ظهر ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك فقيها لكنه لم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء اذ لم يعرف له قبـل ذلك فتوى ولا شهرة بفـقه والحكم في ذلك يتبع ظهور ذلك بخلاف ابن عباس في مسئلة العول وقول المـالكيـة كان قضاء عثمان بعـد العـدة معارض بقول الجمهـور انه كان فيها وأما القياس فعـلى ما لو وهب كل ماله أو تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجامع ابطال حق بعـد تعلقـه بماله فيه وهـذا لان حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لانه سبب الموت ولذا حجر عن التـبرعات بما زاد على الثلث والزوجـة من الورثة فقد تم القياس بعـد الاجماع وهـذا القياس لايتوقف على ظهور قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده أو لم يقصـده ولم يخطر له وأما القياس المتوقف عليـه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث وصورته هكذا قصد ابطال حقها بعـد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعـلا محرما لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده وانما اختلف خصوص الثـابت في الاصل والفرع فانه في الاصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل في طريق الآمدي بمناسب غريب اذ لم يشهد له أصل بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل أعني القاتل وأما عندنا فقد ثبت اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس ان ترث ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا ان أصحابنا رأوا أن اشتراط عمـل هذه العلة الامكان وهو ببقاء العـدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لابد أن يكون لنسب أو سبب وهو الزوجية والعتق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع اياها لزم انما اعتبر بقاء النكاح حال الموت ومعلوم ان بقاءه اما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس الا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها عوته في عدتها والمصنف لم يعين لقياسه أصلا في الالحاق بل قال قصـد ابطال حقها فيرد عليه قصده دفعا للضرر ومثله لايفـعل الا اذا كان هناك أصول شتى يمكن الالحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد أصل سوى قاتل المورث ويمكن انما اعتبر أصوله كل من ألزم ضررا بطريق غير مباح فانه يرد ذلك عليه الا ان قوله الزوجية

وهو الطلاق (ولهذا لايرثها إذا ماتت ولنا أن الزوجية سبب إرثها منه في مرض موته) وهو ظاهر (والزوج قصـد إبطال هذا السبب) بالطلاق وهو أيضا ظاهر (فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أي عمل الطلاق (إلى زمان انقضاء العـدة دفعا للضرر عنها) فان قيـل ان كان سبب تأخـير العمـل دفـع الضرر عنها وجب ان يستوي في ذلك الموطوءة وغـيرها وما قبـل انقضاء العدة وما بعده أجاب بقوله (وقد أمكن) يعني انما يصح توريثها منـه اذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائما وقد أمكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من حرمـة التزوج وحرمـة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح أربعة سواها فجاز أن يبقى في حق إرثها منه دفعا للضرر عنها

قال المصـنف (ولنا ان الزوجية سبب ارثها) أقول أي سبب تعلق حقها بماله والا فظاهره مصادرة قال المصنف (فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أقول أي عمل الطلاق المفهوم من السياق ويجوز ارجاع الضمير الى الابطال مرادا به الطـلاق مجازا على سبيل الاستخدام

بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لان التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلا وقوله (والزوجية في هذه الحالة) جواب عن
قوله ولهذا لا يرثها إذا ماتت ومعناه أن الزوج إذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا ماتت إما لانه لم
يتعلق حقه بمالها وإما لانه رضي بحرمانها عن الارث حيث أقدم على الطلاق وإما لانه لم يكن النكاح

قائما بوجه من الوجوه (وقوله فتبطل في حقه) قال في النهاية بالنصب لانه جواب النفي وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فانه لا وجه له وقوله (وان طلقها بأمر)ها ظاهر قيل سؤالها الطلاق لا يربو على قولها أسقطت ميراثي من فلان وثمة لا يسقط أجيب بأن الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض فاذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة في حقها حكما واذا رضيت حكمنا بارتفاعها فيسقط الارث ضمنا له وكم من حكم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا

بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذا رضي به (وان طلقها ثلاثا بامرها أو قال لها اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه) لانها رضيت بابطال حقها

سبب ارثها في مرض موته غير جيد لانه سبب ارثها عند موته عن مرض أو فجأة والوجه أن يقول الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد الخ (قوله بخلاف ما بعد الانقضاء) أي انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث اذ لم يعهد بقاء شئ من آثار النكاح بعدها على انه روي عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبي بن كعب ان امرأة الفار ترث ما دامت في العدة وبه يحمل قول أبي بكر الصديق ترث ما لم تتزوج أي ما لم تقدر على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة أي ما لم تقدر عليه (قوله والزوجية الخ) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها أي الزوجية في هذه الحالة أي حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل في حال مرضها ونقول لو كانت هي المريضة فابانت نفسها بأن ارتدت حينئذ يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لانها بانت بنفس الردة قبل ان تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة مشرفة عليه لانها لا تقتل (قوله فتبطل في حقه) برفع اللام فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها إذا ماتت بخلاف ما إذا أبانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفي سهو لانه حينئذ ينعكس الغرض إذ يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارثه منها لبطلت ولكنها ليست بسبب فلا تبطل واذا لم تبطل فيجب ان يرثها ولا يقول به أحد (قوله فان طلقها ثلاثا بأمرها) ليس قيدا بل المقصود ان يطلقها بائنا بأمرها ولهذا عطف قوله أو قال لها اختاري فاختارت نفسها عليه فان هذا القدر انما يثبت طلقة بائنة وكذا إذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها أما في الاولى فللامر منها بالعلة وأما في الاخريين فلانهما باشرا العلة أما في التخيير فظاهر لانه تمليك منها وأما في الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شراء الطلاق ومباشرة آخر وصفي العلة كمباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتيه في مرض موته وقد دخل بهما طلقا أنفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة نفسها وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى لا الثانية وورثت الثانية لانها لم تباشر علة الفرقة لا الاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل واحدة منهما طلاق ضرتها لا الطلاق نفسها لخروج الامر من يدها لاشتغالها بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها وان طلقتا احداهما بأن طلقت نفسها وطلقتها ضرتها وجد ذلك معا طلقت ولا ترث لانه وجد في حقها طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى المالك لانه أقوى أو كل يصلح علة وقد نزلا معا فيضاف الى كل كأن ليس معه غيره ولو قال في مرضه طلقا أنفسكما ان شئتما فطلقت احداهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى

(قوله وإما لانه رضي بحرمانه الخ) أقول هذا الوجه أعم من الاول إذ يحتمل ان يكون الطلاق في مرض موتها أيضا (قوله فتبطل في حقه قال في النهاية بالنصب الخ) أقول أنت خبير انه على تقدير النصب يكون المعنى فلا تبطل الزوجية وذلك ليس بصحيح والا كان ينبغي ان يرثها وقد اعترف به نفسه أيضا حيث قال ان النكاح لم يكن قائما بوجه من الوجوه ويجوز ان يقال المعنى على تقدير النصب فيبطل الارث بعد تحقق سببه أي الزوجية في تلك الحالة ليست سببا له حتى يلزم المحذور الذي هو بطلان الارث بعد تحقق سببه فالضمير راجع الى الارث وفيه تكلف

تطلق

والتأخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها (وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا)

تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها التعلق التفويض بمشيئتهما خلافا لزفر كأنه قال طلقا أنفسكما ان شئتما طلاقكما بخلاف ما تقدم فانه لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك فلو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفي العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلامان منهما معا بانتا وورثتاه لان كلا باشرت بعض العلة هذا كله بشرط المجلس لانه تمليك ولو قال في مرضه أمركما بيدكما فهو وتمليك منهما فلا تنفرد احداهما بالطلاق كمسئلة المشيئة سواء الا أنهما اذا اجتمعتا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قوله ان شئتما لا يقع لانه جعل الرأي اليهما في شيئين فاذا اجتمع رأيهما في شيء صح كما لو وكل رجلين ببيع عبدين فباعا أحدهما وهنالك فوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان عدما قبل الشرط ولو قال طلقا أنفسكما بألف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بألف معا أو متعاقبا بانتا بالالف ويقسم على مهريهما لان الالف مقابل بالبضعين لا يعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بما تزوجهما عليه ولم يرثا لان الفرقة لا تقع الا بالتزام المال والتزام كل علة لانه شراء الطلاق فكان فعل كل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقتا احداهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مأمورتان بطلاقهما فقد أتتا ببعض ما أمرتا به ولم ترث لانه وقع بقبولها وان قامتا بطل الامر لانه طلاق ببدل فشرطه اجتماع رأيهما بخلاف المأمورتين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر في حق نفسها لانه تمليك بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي (قوله والتأخير) أي تأخير عمل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بابطاله ولذا لو حصلت الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانيا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لا ترث الا أن يكون أبوه أمره بذلك فقربها مكرهة لانه بذلك ينتقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها وهي مريضة ورثها الزوج لكونها فارة وفي الجامع لو فارقته في مرضها بخيار العتق أو البلوغ ورثها لانه امن قبلها ولذا لم تكن طلاقا وفي الينابيع جعل هذا قول أبي حنيفة ومحمد وفي الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه وأورد ينبغي أن لا يرثها أصلا لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة أجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه أبقينا النكاح في حق الارث دفعا للضرر عنه أوردا لقصدها ابطال حقه كمستعجل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث امرأة الفار اذا مات بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية أكره على طلاقها الثلاث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو أكرهت على سؤالها الطلاق ترث (قوله ولو قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام) هاتان مسئلتان ما اذا تصادقا في مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها قبل المرض وما اذا أنشأ طلاقها ثلاثا في مرض موته بسؤالها ثم أقر لها بمال أو أوصى لها بوصية فعند أبي حنيفة لها الاقل من الميراث ومن كل من الوصية

وكذلك إذا اختارت نفسها لانه دليل الرضا بالفرقة وبالخلع قد التزمت المال لتحصل لها الفرقة وهو أدل على الرضا بها وقوله (وان قال لها في مرضه) في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند أبي حنيفة ويجب ما أقر وأوصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر وقولهما في الاولى كقول زفر وفي الثانية كقول أبي حنيفة

قال زفر (والميراث لما بطل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية) واذا زال المانع يعمل المقتضى عمله (وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا (١٥٤) على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فانعدمت التهمة) واستوضح ذلك بقوله ألا ترى وقوله

(وهي سبب التهمة) أي العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبها كما في حقيقة الزوجية (والحكم) وهو عدم صحة الاقرار والوصية (يدار على دليل التهمة ولهذا يدار) الحكم المذكور (على النكاح والقرابة) حيث لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين ايثارا له على غيره ولكنه أمر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فأقامه الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من أسباب التهمة (ولا عدة في المسئلة الاولى) لتصادقهما على انقضائها وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشئ مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان (ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه وقوله ولا مواضعة عادة) جواب عن قولهما ألا ترى انه يقبل شهادته لها وهو واضح اما

الا على قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما أوصى وما أقر به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتى جاز له أن يتزوج أختها فانعدمت التهمة ألا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال رضي الله عنه

والمقر به في الفصلين وقال زفر لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين وقالا في الاول كقول زفر وفي الثاني كقول أبي حنيفة لزفر ان المانع من صحة الوصية والاقرار الارث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الاولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتبار موجبهما قلنا ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة غير انهما قالا انما هي ثابتة في الثانية لا الاولى وذلك لان ثبوت التهمة به باطن فأدير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل على ان مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع أن ما ينتفي بالتهمة من جواز الشهادة ثابت في الاولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وانها صارت أجنبية وعن هذا جاز وضع الزكاة فيها وان تتزوج بآخر من وقت التصادق ولابي حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة أيضا نظرا الى تقدم النكاح المفيد للالفة والشفقة وارادة ايصال الخير ولما لم يظهر اما تصادقا عليه الا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الاقرار والوصية وهذه التهمة انما تحقق في حق الورثة لا في حق هذه الاحكام اذ لم تجر العادة بالتواضع للتزوج باختها أو هي بغيره أو لدفع الزكاة أو الشهادة فلذا صدقا فيها الا في حق الورثة وهذه التهمة انما هي في الزائد فينتفي ثم ما تأخذه انما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته انه لو توى شئ من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شئ من التركة ولو طلبت أن تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان دينا لكان لها ذلك ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر وتعامل فيه بزعمها ان ما تأخذه دين ولو أقر بفساد نكاحها أو خلعها أجنبي في مرضه ترث وفي جوامع الفقه وكذا لو قال كنت جامعت أمك أو تزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر والقرابة أي قرابة الولاد فلا تقبل من الولد وان سفل لابيه وجده ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي أن ينظر ان كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فحينئذ لا تهمة في الاقرار لها والوصية وان كان ذلك في حال المطايبة ومبالغتها في خدمته ينبغي أن لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت له امرأة غيري أو تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق فانه قال قيل الاولى يحكم الحال ان كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا وان لم يكن كذلك لا يقع قال السروجي فمقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هناك أن يحكم هنا اه وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت علي ونحوه اذا اقترن بالمشاجرة

(ومن كان محصورا أو فى صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا أو قدم ليقتل فى قصاص أو رجم ورثت ان مات فى ذلك الوجه أو قتل) واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكم الفرار بما هو فى معنى المرض فى توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذى فى صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذى بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات فى ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل (واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر أو اذا دخلت الدار أو اذا صلى فلان الظهر أو اذا دخل فلان الدار

أما ههنا فلا اذ الايصاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر فى ان تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها والا لم يوص لها ظاهرا والحاصل ان الظاهر بذلك الايصاء التواضع على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل أهل الحيل ذلك للاغراض (قوله ومن كان محصورا الخ) الحاصل ان مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك تكون حال عدم المرض كما تكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصا أو فى سفينة فتلاطمت الامواج وخيف الغرق أو انكسرت وبقى على لوح أو افترسه سبع فبقى فى فمه بخلاف ما اذا كان محصورا فى حصن أو فى صف القتال أو محبوسا للقتل أو نازلا فى مسبعة أو فى مخيف من العدو أو راكب سفينة دون ما قلنا والمرأة فى جميع ذلك كالرجل فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرناه من أحوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد فانه يرثها على ما بيناه آنفا والحامل لا تكون فارة الا فى حال الطلق وقال مالك اذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة فى كل ساعة قلنا المناط ما يخاف منه الهلاك ولا يخاف منه الا فى الطلق وتوجهه بالمرض قيل ان لا يقدر أن يقوم الا أن يقام وقيل اذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادى فصحيح والا فمريض وضعف بان المريض جدا لا يعجز أن يتكلف لهذا القدر وقيل أن لا يقدر أن يمشى الا أن يهادى وقيل أن لا يقوم بحوائجه فى البيت كما تعتاده الاصحاء وان كان يتكلف والذى يقضيها فيه وهو يشتكى لا يكون فارا لان الانسان قلما يخلو عنه فأما من يذهب ويجيء ويحم فلا وهو الصحيح فأما اذا أمكنه القيام بها فى البيت لا فى خارجه فالصحيح انه صحيح هذا فى حق الرجل أما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهى مريضة والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك والا فكالصحيح وبه كان يفتى برهان الائمة والصدر الشهيد وقيل ان كان لا يرجى برؤه بالتداوى فكالمريض والا فكالصحيح وقيل ما كان يزداد أبدا لا ان كان يزداد تارة ويقل أخرى ولو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمريض ترثه لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالى بكونه بغيره واعلم ان قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار يقتضى الحاق حالة الطلق للحامل والمبارزة بحال الصحة الا أن يبرز لمن علم انه ليس من أقرانه فالاولى أن يعلق ما هو فى حكم مرض الموت بما يخاف منه الموت غالبا كما ذكره فى المرض على ان غالبا متعلق بالخوف وان لم يكن الواقع غلبة الهلاك فتأمل وأما فى حال

وقوله (ومن كان محصورا أو فى صف القتال) هذا لبيان ان حكم الفرار غير منحصر فى المرض بل كل شيء يفر به الى الهلاك غالبا فهو فى معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذى يخاف منه الهلاك غالبا فكانا فى المعنى سواء وفسر المرض الذى يخاف منه الهلاك غالبا أن يكون صاحب فراش وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالاصحاء وكلامه واضح وقوله (ولهذا أخوات تخرج على هذا) منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار كالمريض فى هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا أخذها الطلق فهى كالمريضة ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح فى الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد فى علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك وقوله (وقوله اذا مات فى ذلك الوجه) بيانه اذا طلقها فى مرض موته ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض الا أنه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يرى ان لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها فى صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا فى ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا (واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح) كلامه فيه واضح سوى ألفاظ نذكرها

فأنت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار) وهذا على وجوه اما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الاجنبي أو بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين إما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض اوكلاهما في المرض أما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق أو بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه وأما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له منه بد أو لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها وأما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث

فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرض فقاله الشافعية ولم أره لمشايخنا (قوله فأنت طالق) أي طالق بائن لان الفرار يثبت به لا بالرجعي والله الموفق (قوله اما أن يعلق الطلاق الخ) ضبطه اما أن يعلقه بفعل أحد أولا الثاني التعليق بنحو مجيء الغد والاول اما بفعل نفسه أو غيره وهو اما المرأة أو أجنبي والكل على وجهين اما ان يكون التعليق ووقوع الشرط في المرض أو الشرط فقط ففي التعليق بفعل الاجنبي ومجيء الوقت ان كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا يعني يسلم قول زفر انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ولو حلف بعد التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع في الاول وحنث في الثاني ولانه لم يكن فارا بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبي ومجيء الوقت فلا يكون ظالما واما في التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال وان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق ان كان في المرض أو بمباشرة الشرط ان كان التعليق في الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار في جانب الفاعل لا ينفي الضمان كمن اضطر الى أكل مال الغير أو أتلفه نائما أو مخطئا يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما بمرضه فاضطراره الى ابطاله يرد عليه تصرفه ألا ان هذا حكم الفرار مع عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار ولا فرار مع عدم القصد وقوله (وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد) ربما يعطي ان المنظور اليه في اثبات حكم الفرار إذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار إلا ان يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض أو الصحة وعلى الثاني لا يستقيم النظر الى التعليق في اثبات الفرار لانه ليس في حال تعلق حقها ويمكن ان يقال انه اضطرار جاء منه حيث علق بما لا بد منه مع علمه بورود أسباب الموت ولانه لا اضطرار له الى الشرط بفعله فكان حال التعليق راضيا بالشرط بل انما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام

زيد

(قوله فأنت طالق) يعني طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله (وكانت هذه الاشياء) يعني وجدت تامة لا تحتاج الى خبر وقوله (يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا) يظهر بمسئلتين إحداهما أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع أن طلاق المجنون غير واقع فدل على أنه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف أن لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث وقوله (والفعل مما له منه بد ولا بد له منه يصير فارا) قيل عليه ينبغي أن لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلما فلا ترث وأجيب بان الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر الى أكل مال الغير أو الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصمة المحل تكفي لايجاب الضمان

وقوله (لانها راضية بذلك) يعني صار كأنه طلقها بسؤالها لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك فان أحد شريكي العبد اذا قال لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع أن الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضا أجيب بأن حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة بشبهة العدوان فانه روى عن عمر وعثمن وعلي وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه أيضا بشبهة الرضا ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضا المرأة فيكفي ذلك لنفي حكم الفرار وقوله (أوفي العقبي) راجع الى صلاة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها أول صلاة فرضت

لانها راضية بذلك وان كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الابوين ترث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبي ولا رضا مع الاضطرار وأما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض فان كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال أنه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعدما تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج ألجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كأنها آلة له كما في الاكراه قال (واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه ترث لانه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة أبطلت أهلية الارث اذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الاهلية

زيد لم ترث وقوله (لانها راضية بذلك) أي بالطلاق إذ الرضا بالشرط رضا بالمشروط أورد عليه ما لو قال أحد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربته فهو حر فضربه يعتق وللضارب تضمين الحالف فقد رضي بالشرط ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط إذا لم يكن مضطرا إلى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الاعتاق فانها موضوعة فيما إذا كان أحد الشريكين قال ان لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لانه مضطر الى فعل الشرط وفعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا وأجاب في الكافي بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان فيبطل بما له شبهة الرضا ولا كذلك الضمان وقد وجدها شبهة رضا المرأة فكفى لنفي حكم الفرار (وان كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الابوين) ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة (قوله كما في الاكراه) بأن أكره إنسانا على اتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن وينتقل الفعل إليه فكذا هنا وكفعل القاضي فانه ينتقل الى الشاهدين حتى يضمنان إذا رجعا لانه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق وفي مبسوط فخر الاسلام الصحيح ما قاله محمد (قوله فلا يصير الزوج فارا) يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص انما يتحقق شرعا بالابانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق الا في مرض موته وقد ظهر خلافه أو نقول هو بطلاقه فار لكن الفرار انما يؤثر في الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة (قوله ولو طلقها) أي بائنا ثلاثا أو غيره في مرضه وهذا لانه فرع على هذا الطلاق نفسه مسئلة المطاوعة وقال انها ترث ولا يتفرع ارثها عليه الا اذا كان بائنا لانها اذا طاوعته بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعته حال قيام النكاح (قوله لم ترث) بخلاف النفقة فانها بالردة تسقط ثم بالاسلام تعود لانها معتدته

على النبي صلى الله عليه وسلم وكان الفهم في النظر الى الاول أسبق وقوله (فكذلك الجواب عند محمد) أي لا ترث المرأة لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان ينعدم رضاها اذ فعلها باعتبار انه لا بد منه بد فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر وقد بينا ان هنالك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذا مناقضة من جانب زفر لانه قال فيما تقدم أن المعلق بالشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار وقوله (لان الزوج ألجأها الى المباشرة) أي الى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لاسقاط حقها

(قوله وقوله او في العقبي راجع الى صلاة الظهر) أقول وأيضا راجع الى كلام الابوين (ولو طلقها فارتدت) أي لو طلقها ثلاثا أو بائنا فانه ان لم يظهر أثر الثلاث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابلته من مسئلة المطاوعة فانها انما ترث في المطاوعة بعد البينونة واما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة

وقوله (لان المحرمية لا تنافى الارث) يعنى بل تنافى النكاح كما فى الام والاخت وقوله (وهو) يعنى الارث هو (الباقى) وقوله (فتكون راضية

لان المحرمية لا تنافى الارث وهو الباقى بخلاف ما اذا طاوعت فى حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة
فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها
فافترقا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن فى المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وان
كان القذف فى المرض ورثته فى قولهم جميعا) وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هى ملجأة
الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه (وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء
وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء أيضا فى المرض ورثت) لان الايلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى
أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجىء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال (والطلاق
الذى يملك فيه الرجعة ترث به فى جميع الوجوه) لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان
السبب قائما قال (وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهى فى العدة) وقد بيناه والله تعالى أعلم بالصواب

(قوله لان المحرمية لا تنافى الارث وهو الباقى) بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لان المحرمية لا تنافى
الارث بل تثبت معه كما فى الام والبنت فانما تنافى النكاح خاصة فيبقى الارث لعدم المزيل فرجع ضمير وهو
الباقى الارث (قوله فى حال قيام النكاح) أى حالة المرض (قوله فتكون راضية ببطلان السبب) وهو
النكاح وذلك رضا ببطلان السبب (قوله لتقدمها عليها) أى لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها
بالطلاق السابق عليها (قوله وقد بينا الوجه فيه) وهو قوله لانها مضطرة فى المباشرة أى مباشرة
الشرط ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل والاوجه كونه قوله بعد ذلك لان الزوج ألجأها الى
المباشرة فينتقل الفعل اليه الخ لان الاول ذكره فى صورة ما اذا كان التعليق والشرط فى المرض
وما ذكرناه ذكره فى صورة ما اذا كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض وهو الموازن لما نحن فيه
فان القذف كان فى الصحة واللعان فى المرض وقوله (اذ هى ملجأة الى الخصومة) ظاهر فى ان الملحق
بفعلها الشرط الذى لا بد لها منه هو خصومتها أى مطالبتها بموجب القذف لانه به يندفع العار
ولو جعل لعانها صح أيضا اذ هى ملجأة اليه من قبله اذ لعانه يلجئها الى لعانها لا يقال هو أيضا ملجأ الى لعانه
من قبلها لان الالجاء فى الكل يعود اليه لانه ألجأها الى الخصومة وأثرها لعانه فكان لعانه منسوبا
الى اختياره فهى وان باشرت آخر جزأى مدار الفرقة وهو ما تمسك به محمد يعنى لان لعانها
آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها اليه وقيل فى وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل ولم يكن
قذفه فى زمان تعلق حقها بماله ولا يخفى انه سبب بعيد ثم قيل على الاول ان سبب الفرقة قضاء
القاضى لا اللعان وأجيب بأنه الملجئ للقاضى الى الحكم والحكم لا يستند الا الى الشهادة واللعان
هو الشهادة الملجئة (قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجىء الوقت) كأنه قال فى صحته اذا مضت أربعة
أشهر ولم أقربك فأنت طالق بائن فمضت فى مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو علق فى صحته بأمر سماوى
ووجد الشرط فى المرض لا يكون فارا وأورد عليه ان الايلاء فى الصحة ليس مثل التعليق بمجىء
الوقت بل نظير ما لو وكل فى صحته بالطلاق وطلقها الوكيل فى المرض كان فارا لانه متمكن من عزله فاذا
لم يعزله كان فارا كذا هنا هو متمكن من ابطال الايلاء فى المرض بالفىء فاذا لم يفعل ينبغى أن يكون
فارا أجيب بالفرق بأنه لا يتمكن من ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فان الفىء باللسان لا يجوز اذا
كان الايلاء فى حال الصحة بل اذا كان فى حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل (قوله فى جميع
الوجوه) أى سواء كان الطلاق بسؤالها أولا أو كان التعليق بفعلها أو بفعله والفعل مما لها منه
بد أو لم يكن لا يستثنى من عمومه الا قيام العدة فانه مشروط فيهما جميعا ﴿فروع﴾ قال صحيح

آخر المدارين فان قيل الفرقة
انما تقع بقضاء القاضى عندنا
فكان القضاء آخر المدارين
أجيب بأن اللعان شهادة
عندنا على ما يأتى والحكم
أبدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء
ووجه قولهما أن الفرقة
وان كانت تقع بلعانها الا انها
مضطرة فى ذلك لاستدفاع
العار عن نفسها وكان ملحقا
بفعل لا بد لها منه (وقد بينا
الوجه فيه) أى فى الفعل
الذى لا بد لها منه وهو قوله
لانها مضطرة فى المباشرة وقوله
(وان آلى وهو صحيح) ظاهر
(قوله وقد ذكرنا وجهه) يريد
قوله ولنا ان التعليق السابق
يصير تطليقا الخ فان قيل
لا نسلم ان الايلاء نظير
تعليق الطلاق بمجىء الوقت
ان كان التعليق فى الصحة
لما انه متمكن من ابطال
الايلاء بالفىء فاذا لم يبطل
فى حالة المرض صار كأنه
أنشأ الايلاء فى المرض
وهناك ترث فكذلك ههنا
وكان نظير من وكل وكيلا
بالطلاق فى صحته فطلقها
الوكيل فى المرض كان فارا
لتمكنه من العزل فاذا لم
يعزل جعل كأنه انشاء (?)
فكذلك ههنا أجيب بان
الفرق بينهما ثابت وهو انه
لا يمكنه ابطال الايلاء
الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة وقوله (فى جميع الوجوه) يعنى سواء كان الموطوءة (?)
الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بد أو لم يكن والباقى واضح والله أعلم

(قوله الا بضرر يلزمه) أقول وهو وجوب الكفارة عليه

لموطوئته احدا كما طالق ثلاثا ثم بين فى مرضه فى احداهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده كما لو أنشأ فجعل انشاء فى حق الارث للتهمة ولو ماتت احداهما قبله ثم مات تعينت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمى فانتفت التهمة عنه كما لو علق فى صحته بمجىء رأس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث بخلاف ماقبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق فى صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط فى المرض فان كان له امرأة أخرى غير الثنتين فلها نصف الارث اذ لا مزاحم لها الا امرأة واحدة لان احداهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما فى الاستحقاق ولو ماتت التى بين طلاقها قبل موته لم ترث منه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى لان التعيين دون الانشاء ولو أنشأ فى مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى كذا هنا ولو كانت له امرأة أخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التى بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما بطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت وقت البيان النصف فلم تزد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فلا تستحق الا النصف حتى لو كان معها امرأة أخرى كان لها الربع وثلاثة الارباع للمرأة الاخرى لانا انما ابطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها فى الربع فكان للمعينة الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهى منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فينتصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احداهما لاقل من سنتين فهو ليس ببيان وبقى الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وذا لا يصلح بيانا فلا يكون بيانا بالشك اذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد أمر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التى لم تلد يلاعن بينه وبين التى ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التى ولدت يحد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التى ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف أجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم أعن عند الايقاع أحدا ولكن أريد بالمبهم التى ولدت لا يحد لانه قذف منكوحته لان الطلاق يقع وقت التعيين ولا يلاعن أيضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى للطلاق لتيقننا بالوطء بعد الطلاق وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم بكون الوطء منه ضرورة والوطء بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا وتعينت التى ولدت للنكاح فان نفى الولد لاعن ولا ينقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احداهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطأها لا يصلح بيانا ووطء صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر من سنتين حصل بعلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين أما علوق الاخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الاقل تنقضى بوضع الحمل ان كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الاكثر بعدها أكثر من ستة أشهر لتيقننا ان علوق صاحبة الاكثر ووطأها كان قبل ولادة صاحبة الاقل وقبل الولادة هى حامل وعدة الحامل تنقضى بوضع الحمل وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الاقل بالحيض لاحتمال ان وطء صاحبة الاكثر كان بعد ولادة صاحبة الاقل واذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا وان أقر الزوج بوطء صاحبة الاقل أولا طلقت صاحبة الاكثر باقراره ولا يصدق فى صرف الطلاق عن صاحبة الاقل فطلقتا كمن قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لى امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيتها طلقتا وان ولدت كل واحدة لاكثر من سنتين من وقت

﴿ باب الرجعة ﴾

(واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها فى عدتها رضيت بذلك أو لم ترض) لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل

الايقاع و بين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الاولى تكون بيانا للطلاق فى الاخرى فاذا ولدت الاخرى بعده لا يتحول الطلاق الواقع عليها الى غيرها وصار كما اذا وطئ احداهما ثم الاخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا كذا هنا وثبت نسب الولدين أما ولد الاولى فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها قبل علوق الاولى وتنقضى عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثانى منه أيضا وتنقضى به العدة لانا حكمنا بعلوق الولد الثانى حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة وهذا لانه يحتمل انه وطئها قبل ولادة الولد الاول ولم يصل الماء الى رحمها لانسداد فمه فاذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء اليه فعلق الولد الثانى قبل وقوع الثلاث لان تلك الحال حال نزول الثلاث والشئ فى نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطا فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لانا جعلناه معلقا حال قيام النكاح والله أعلم من الكافى

﴿ باب الرجعة ﴾

وجه المناسبة فى إعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر والرجعة تتعدى ولا تتعدى يقال رجع الى أهله ورجعته الى أهله أى رددته وقال الله تعالى فان رجعك الله الى طائفة منهم ويقال فى مصدره أيضا رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء ورجعا قالوا الى الله رجعانك (قوله رجعية) الرجعى تطليق المدخول بها مادون الثلاث بلا مال أو مادون الثنتين ان كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف والمشبه أو ببعض الكنايات المخصوصة على ماتقدم فى الكنايات وأما تقييده بالالفاظ الثلاثة فلا لما قدمناه من كنايات رجعية غيرها فاذا فقد شيأ من هذه فليس برجعى كالثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لانه لا عدة لها قبله فلا تتصور الرجعة والموصوف والمشبه مستدرك على مافى النهاية وغيرها (قوله لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف) بعد قوله اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فاذا بلغن أجلهن) والمراد ببلوغ الاجل قرب انقضاء العدة أى فقرب انقضاء عدتهن للاجماع على ان لا رجعة بعد الانقضاء ففى الآية دليل على قيام النكاح لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل وعلى شرعية الرجعة شاءت أو أبت لان الامر مطلق فى التقديرين وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن ظاهر فى عدم توقف الرجعة على رضاها لانه تعالى جعله أحق مطلقا أى هو الذى له حق الرجعة وان أبت هى وأبوها وحكمته استدراك الزوج ماوقع منه من التفريط فى حقه من النكاح لا لغيره لانه له ولغيره وهو أحق منه وفى اشتراط العدة اذ لا يكون بعدها بعلا وهو مما يدل على قيام النكاح أيضا وقدمنا فى باب ايقاع الطلاق ان اطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لان الرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وان لم يكن زال بعد يقال رد البائع المبيع فى بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من حمل البعل مجازا المحافظة على حقيقة الرد لتأيد ارادة حقيقة البعل بجعل الرجعة امساكا فى قوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو نقول يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد الى الحالة الاولى وهى كونها بحيث لا تحرم بعد مضى العدة فلا اشكال حينئذ أصلا

﴿ باب الرجعة ﴾

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا أخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح أفصح وهى عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط احداها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكناية كما تقدم والثانية أن لا يكون عقابلته مال والثالثة أن لا يستوفى الثلاثة من الطلاق والرابعة أن تكون المرأة مدخولا بها والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف فى مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع

﴿ باب الرجعة ﴾

(قوله ولها شرائط الى آخر قوله والخامسة أن تكون العدة قائمة) أقول وجميع ذلك يفهم من كلام المصنف الاشرط المدخولية

ولابد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك ألا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة فى العدة لانه لاملك بعد انقضائها (والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتى) وهذا صريح فى الرجعة ولاخلاف فيه بين الائمة قال (أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) وهذا عندنا

(قوله ولابد من قيام العدة لان الرجعة) امساك على الوجه الذى كان أولا وهو الملك على وجه لايزول بانقضاء العدة ولاملك بعد العدة ليستدام وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الاطلاق بالنسبة الى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة الى قيام العدة وعدمها أجاب بان اشتراط قيامها ضرورى لما قلنا (قوله وهذا صريح) ألفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك فى حال خطابها وراجعت امرأتى فى حال غيبتها وحضورها أيضا ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك وفى المحيط مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان فهذه يصير مراجعا بها بلا نية وفى بعض المواضع يشترط فى رددتك ذكر الصلة فيقول الى أو الى نكاحى أو الى عصمتى ولايشترط فى الارتجاع والمراجعة وهو حسن اذ مطلقه يستعمل لضد القبول والكنايات أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقته تصدق على ارادته باعتبار الميراث واختلفوا فى الامساك والنكاح والتزوج فلو تزوجها فى العدة لايكون رجعة عند أبى حنيفة وعند محمد هو رجعة وعن أبى يوسف روايتان قال أبو جعفر وبقول محمد نأخذ وفى الينابيع عليه الفتوى وكذا فى القنية وجه قول أبى حنيفة ان تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر ما فى ضمنه قلنا نحن لانعتبره باعتبار ما فى ضمنه بل باعتبار لفظ التزوج مجازا فى معنى الامساك وفى الذخيرة لو قال راجعتك بمهر ألف درهم ان قبلت صح والا فلا لانه ازيادة فى المهر فيشترط قبولها وفى المرغينانى والحاوى قال راجعتك على ألف قال أبو بكر لاتجب الالف ولاتصير زيادة فى المهر كما فى الاقالة (قوله ولاخلاف فيه بين الائمة) كأنه لم يعتبر أحد قولى مالك خلافا فانه ذكر فى الجواهر فى حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان لمالك كما فى نكاح الهازل (قوله أو يقبلها أو يلمسها بشهوة) يحتمل كون الشهوة قيدا فى اللمس لا فيهما لانه أفرد النظر الى الفرج بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك فى القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفى المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد التقبيل فى الكتاب وأما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول أبى حنيفة وفى البدائع وهو قول محمد المرجوع اليه وفى بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة فدل انهما لايكونان رجعة وفى الخلاصة أجمعوا على انه لو مكنها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم فى الاستدلال ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح أى يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها فى القبلة لان القبلة مطلقا يختص حكمها به بخلاف اللمس والنظر فانهما لايختصان به الا اذا كانا عن شهوة لما يذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ولايكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج منها رجعة هذا ولافرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها أو منه فى كونه رجعة اذا كان ماصدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا فان كان اختلاسا منها بان كان نائما مثلا لابتمكينه أو فعلته وهو مكره او معتوه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة ان على قول أبى حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لابى يوسف انتهى وعن محمد كقول أبى يوسف وذكر ان أبا يوسف مع أبى حنيفة وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة لافرق فى ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها أو منه وكذا اذا أدخلت فرجه فى فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك فى مدة الخيار ينفسخ البيع وأبو يوسف فرق بأن اسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما اذا جنت على نفسها والرجعة لاتكون بفعلها فقط وعن

(و) ألفاظ الرجعة أن يقول راجعتك) ان كان فى حضرتها (أو راجعت امرأتى) فى الغيبة بشرط الاعلام أو فى الحضرة أيضا أو يقول رددتك أو أمسكتك أو يقول أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى ان نوى الرجعة ولاخلاف لاحد فى جواز الرجعة بالقول وأما بالفعل مثل أن (يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) فهى صحيحة (عندنا

(قوله بشرط الاعلام) أقول فيه ان الاعلام مستحب ليس بشرط كما سيجىء.

وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح) لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه فكان الوطء حراما كما في ابتداء النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بيناه وهو اشارة الى قوله ألا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وقوله (وسنقرره) اشارة الى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله فقلنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها الخ وقوله (والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة) جزء الدليل وقوله (كما في اسقاط الخيار) دليله وتقريره الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها أسقط الخيار كما اذا اسقط بالقول بل هنا أولى لانه في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل وهو البيع أما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه لزال والدفع أسهل

من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى أن يعينه فقال (والدلالة) أي الدليل (فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص بالنكاح) فتقع دلالة وقوله (خصوصا في الحرة) لبيان ان حل الاستمتاع بها ليس الا بالنكاح وأما في الامة فيحل به وبملك اليمين أيضا (بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب) والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة (والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها) وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة) اذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنين اشهدا على بأني قد راجعت امرأتي (وان لم يشهد صحت الرجعة اى

وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين فان لم يشهد صحت الرجعة)

أبي يوسف أيضا انه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها هذا اذا صدقها الزوج في الشهوة فاذا أنكر لا تثبت الرجعة وكذا ان مات فصدقها الورثة ولا تقبل البينة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة الا عند زفر وأبي يوسف في رواية وتكره المسافرة بها ككراهة خروجها من المنزل وعن أبي حنيفة لا تكره ويأتي الكلام في ذلك (قوله مع القدرة) احترازا عن الاخرس ومعتقل اللسان (قوله لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ) الحاصل ان الخلاف هنا مبني على ان الرجعة سبب استدامة الملك القائم أو سبب استحداث الحل الزائل قلنا بالاول وقال بالثاني وعلى هذا ينبني حل الوطء وحرمته فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعنده انشاء النكاح من وجه واستبقاء من وجه فتثبت الحرمة احتياطا وعلى هذا ينبني ان الاشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة (قوله على ما بيناه) يعني قوله ألا ترى انه يسمى امساكا (قوله وسنقرره) أي في آخر هذا الباب وهو قوله ولنا انها أي الزوجية قائمة الى آخره وهناك نتكلم عليه (قوله كما في اسقاط الخيار) يحصل بالفعل المختص بالملك كمن باع أمته على أنه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره فكما أن سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل أولى لان البيع معه يزيل الملك الى ثلاثة أيام والطلاق يزيله الى ثلاث حيض فكان أضعف في زوال الملك من البيع وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك واسحق ان أراد به الرجعة فهو رجعة (قوله خصوصا في الحرة) فانه لا سبب لحلها فيها مطلقا الا النكاح بخلاف الامة فانه يحل فيها بأمرين (قوله وغيرهما) كالخاتنة والشاهد على الزنا (قوله فلو كان

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه الخ) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التقرير (قوله والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة) أقول ظاهره استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف لكن لك أن تقرره على هذه الصورة الرجعة استدامة الملك وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلا عليه (قوله فلا يحتاج الى رفع الطلاق الخ) أقول بل هو باق حكما ولهذا يملكها بعده بالطلقتين اذا لم تتزوج بآخر (قوله بل يحتاج الى دفع ما) أقول وهو انقضاء العدة على تلك الحال (قوله لولاه) أقول أي لولا دفعه (قوله لزال) أقول يعني النكاح (قوله وهذه الافاعيل تختص به الخ) أقول استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف

وقال الشافعى فى أحد قوليه لاتصح وهو قول مالك) وهو غريب لانه لايوجب الاشهاد على ابتداء النكاح و يجعله شرطا على الرجعة (لهما قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أوفارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص فى الرجعة عن قيد الاشهاد) وهو قوله تعالى فأمسكوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها وقوله (ولانه) أى الرجعة بمعنى الرجوع أوعلى تأويل المذكور (استدامة للنكاح) كما تقدم والاستدامة انما هى حالة البقاء (والشهادة ليست بشرط فى النكاح حال البقاء) بالاتفاق فكانت (كالفىء فى الايلاء) فى ان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء (الاأنها) أى الشهادة (مستحبة لزيادة الاحتياط كى لا يجرى التناكر فيها) أى فى الرجعة (وماتلاه) يعنى من قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم (محمول عليه) أى على الاستحباب دفعا للتناكر فكان الامر للارشاد الى ماهو الاوفق به كما فى قوله تعالى وأشهدوا إذا تبايعتم بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث قال أوفارقوهن بمعروف وأشهدوا (وهو) أى الاشهاد (فيها) أى فى المفارقة (مستحب) فكذا فى الرجعة واعترض بان القران فى النظم لايوجب القران فى الحكم كما فى قوله تعالى وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأجيب بأن ذلك فيما اذا حكم على احدى الجملتين المتقارنتين بحكم الجملة الاخرى ومانحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما تعقبهما جملة أخرى تعلقت بهما واحداهما تقتضى تعلقها بهما من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد فى معنيين مختلفين (ويستحب أن يعلمها) بالرجعة لانه لولم يعلمها ربما تقع المرأة فى المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها و يطأها الزوج الثانى فكانت عاصية و زوجها الذى أوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لولم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا فى خالص حقه وتصرف الانسان فى خالص حقه لايتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم أجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال

وقال الشافعى رحمه الله فى أحد قوليه لاتصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه فى حالة البقاء كما فى الفىء فى الايلاء الاأنها تستحب لزيادة الاحتياط كى لايجرى التناكر فيها وماتلاه محمول عليه ألاترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب و يستحب أن يعلمها

أى النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها الان مقصوده الطلاق وهذا التعميم يفيد ان النظر الى دبرها لايكون رجعة و به صرح فى نكاح الزيادات واختلفوا فى الوطء فى الدبر أشار القدورى الى أنه ليس برجعة والفتوى على انه رجعة إذ هو مس بشهوة و زيادة لاترفع الرجعة بعد ثبوتها ورجعة المجنون بالفعل ولاتصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئتها وأنكرت له الرجعة ولو قال لم أدخل بها لارجعة له عليها وتعليق الرجعة بالشرط و إضافتها إلى وقت فى المستقبل باطل كالنكاح والمستحب انه يراجع بالقول وفى الينابيع الرجعة سنية وبدعية فالسنية بالقول (قوله وهو قول مالك) المذكور فى كتبهم انها تصح بلا اشهاد وانه مندوب إليه وكذا فى شرح الطحاوى كقولنا فكان ماذكره المصنف رواية عنه وكذا المنسوب إلى الشافعى قول له غير معمول به عند أصحابه فانه قال فى البسيط وفى الجديد للشافعى الاشهاد مستحب وفى الروضة لهم ليس بشرط على الاظهر (قوله ولنا اطلاق النصوص فى الرجعة من غير شرط الاشهاد) كقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أوتسريح باحسان وقوله فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى و بعولتهن أحق بردهن وقوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها وهذه النصوص ساكتة عن قيد الاشهاد فاشتراطه اثبات بلا دليل وما تلى فليس بدليل عليه إذ الامر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة فى قوله تعالى فامسكوهن بمعروف أوفارقوهن بمعروف ثم أمر بالاشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين فى جملتين ثم أمر بالاشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله وأشهدوا ذوى عدل منكم واللفظ الواحد لايراد به معناه الحقيقى كالوجوب فيما نحن فيه والمجازى كالندب فاذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم ان يراد به ذلك أيضا بالنسبة إلى الآخر والالزم تعميم اللفظ فى الحقيقى والمجازى وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضا بالنسبة إلى المراجعة فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا أما الشافعى فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض هذا عليه إلا بانتهاض الاصل المذكور وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه فى الاصول ومع هذا التقرير لاحاجة إلى إيرادان

(قوله فكانت عاصية و زوجها أوقعها فيه مسيئا الخ) أقول من قبيل حذف الموصول

وقعت فى المعصية لان التقصير جاء من جهتها (واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها فى العدة فان صدقته فهى رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه أخبر عما لا يملك انشاءه فى الحال) وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضى أن لا تصح الرجعة وان صدقته أيضا (الا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبى حنيفة وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وقدمر فى كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له (١٦٤) قد انقضت عدتى) فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج أو بعد مكث فان كان الثانى تصح الرجعة بالاتفاق وان كان الاول لم تصح عند أبى حنيفة خلافا لهما قالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى أن تخبر وقد سبقت الرجعة فكانت واقعة فى العدة وهى صحيحة لا محالة (ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى وقع الطلاق ولابى حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة فى الاخبار عن الانقضاء) اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد أخبرت بذلك والاخبار يقتضى سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين (وأقرب أحواله حال قول الزوج) فاذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

قال المصنف (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول قال الزيلعى وابن الهمام

كى لا تقع فى المعصية (واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها فى العدة فصدقته فهى رجعة وان كذبته فالقول قولها) لانه أخبر عما لا يملك انشاءه فى الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبى حنيفة رحمه الله وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وقدمر فى كتاب النكاح (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند أبى حنيفة رحمه الله) وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هى باقية ظاهرا الى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى يقع الطلاق ولابى حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة فى الاخبار عن الانقضاء فاذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم فكيف قلتم به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل اصلا (قوله كى لا تقع فى المعصية) قيل عليه لا معصية بدون علمها بالرجعة ودفع بأنها اذا تزوجت بغير سؤال تقع فى المعصية لتقصيرها فى الامر واستشكل من حيث إن هذا ايجاب السؤال عليها واثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها وليس السؤال الا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان اعلامه إياها إذ هو أيضا لمثل ذلك فاذا كان مستحبا لانه تصرف فى خالص حقه فكذا سؤالها يكون مستحبا لانها فى النكاح كذلك ولو راجعها ولم تعلم فتزوجت بآخر فهى امرأة الاول دخل بها (٣) الاول أولا (قوله واذا انقضت العدة الخ) هنا مسئلتان الاولى اذا لم يظهر رجعتها فى العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الانشاء أما الاولى فاما ان تكون المرأة أمة أو حرة وكل منهما اما ان تصدقه أو تكذبه ففى الحرة ان صدقته تثبت الرجعة لان النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى وان كذبته لا تثبت لانه أخبر والخبر مجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه ومجرد دعوى ملك فى وقت لا يملك انشاءه فيه لا يجوز قبولها مع انكار المدعى عليه الا ببينة بخلاف ما إذا كان ذلك فى وقت يمكنه فيه انشاؤه كان يقول فى العدة كنت راجعتك أمس تثبت وان كذبته لانه ليس متهما فيه لتمكنه من ان ينشئه فى الحال أو يجعل ذلك انشاء ان كانت الصيغة تحتمله فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق لملكه الانشاء وبعد ما بلغه العزل لو أخبر ببيعه سابقا وكذبه المالك لا يقبل قوله إلا ببينة لانه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تحلف المرأة إذا كذبته بل تذهب الى حالها بلا يمين عند أبى حنيفة وهى احدى الاشياء الستة التى لا يمين فيها عنده وفى الامة اذا كذبته وصدقه المولى فالقول لها عند أبى حنيفة خلافا لهما وان صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى واختلف فى قول أبى حنيفة والصحيح انه كقولهما وستأتى أوجه الاقوال فى الكتاب فانه فصل بين قوله للحرة و بين قوله للامة بالمسئلة الثانية وهى اذا قال قبل الانقضاء فلنوافقه فنقول وأما المسئلة الثانية فان قالت مجيبة انقضت عدتى مفصولا تثبت الرجعة اتفاقا الا انها متهمة فى ذلك بسبب سكوتها او عدم جوابها على الفور ولو قيل وجب احالته على أقرب حال التكلم

تستحلف المرأة هنا بالاجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها اه فيه بحث لان الرجعة صحت عندهما فعلام تستحلف المرأة وجوابه ان المراد انهما لو قالا كما قال أبو حنيفة رحمه الله من عدم صحة الرجعة ونظير ذلك فى المزارعة فراجعها (قوله والاخبار يقتضى سبق المخبر عنه الخ) أقول الظاهر سبق المخبر به والا فالمخبر عنه هو العدة وليس سبقه من المقصود فى شئ ويجوز أن يقال قولها انقضت عدتى فى تأويل حصل الانقضاء أو يقال المراد سبق المخبر عنه متصفا بالمخبر به

(٣) صوابه الثانى اذ لا رجعة مع عدم دخوله قاله العلامة البحراوى كتبه مصححه

(واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى) لان بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة

التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف اليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن وان قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة ولا يخفى ان هذا مقيد بما اذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة الا اذا ادعت انها ولدت وثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لانه أنشأها حال قيام العدة ظاهرا لبقائها ظاهرا مالم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتي لحقها طلقة أخرى وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لانها أمينة في الاخبار شرعا فوجب قبول اخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق في قوله طالق مع انقضاء عدتك وعلى هذا لو اتفق ان خرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة ومسئلة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده قيل والاصح انه يقع لانه مؤاخذ به لاقراره بالوقوع في حق نفسه ولا يخفى ان هذا انشاء وليس باخبار ليكون اقرارا فاذا ظهر انه أنشأ في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع نعم لو عرف ان مقتضى الفقه كون ايقاعه وجد في حال الانقضاء فلج وقال لا أعتبر هذا بل وقع لزمه حينئذ لانه مقر على نفسه والاوجه فيما اذا ادعى مجيبته ان طلقتك ونحوه من أنت طالق ظاهر في الاخبار والانشاء يحتمله لتقدم الطلاق الاول وراجعتك بالعكس فان لم يسلم هذا فالتعويل على المنع وتستحلف المرأة هنا بالاجماع على ان عدتها كانت منقضية حال اخبارها والفرق لابي حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستحلف عنده انه لم يراجعها في العدة ان الزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان بذلها لا يجوز ثم اذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة (قوله واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول لها عنده وقالا للمولى لانه أقر بما هو خالص حقه) وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين اقراره عليها بالنكاح واقراره بأن الزوج راجعها في العدة لانه ينفرد بانكاحها حال غيبتها وعدم اذنها فيقبل اقراره عليها بخلاف اقراره بتصديق الزوج في دعوى المراجعة وهو يقول ان حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الاخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا فكذا فيما ينبني عليها وفيه نظر اذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه لها فيما ينبني عليها الا اذا وقع لازما لوجود قولها في العدة قولا أي بأن تدعي فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لازما لذلك لان كون القول قولها فيها ما ثبت الا لاجل ان القول لها في المستلزم لا لمعنى تقتضيه فيها وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فانها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها وانما ادعى في حال كونه لا ملك له عليها انه راجعها قبل الانقضاء وهي منكرة ان يكون فعل ذلك فلا يقبل عليها (قوله ولو كان على القلب) بأن كذبه المولى وصدقته

وتكذبه الامة أو بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثاني لم تصح بالاتفاق الا اذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة (فالقول قولها عند أبي حنيفة وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك) له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له وكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج أمته من فلان (وهو) أي أبو حنيفة (يقول حكم الرجعة يبتنى على بقاء العدة) وانقضائها وكل ما يبتنى على ذلك يبتنى على قول من يكون القول قوله في ذلك لكونه أمينا (والقول في العدة قولها) فحكم الرجعة يبتنى على قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها فاني يكون له اقرار بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك وكان الفرق بينا وان كان الرابع وعبر عنه المصنف بقوله (ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى) لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهي منكرة (وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال) بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها أي عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة في هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج كما أشرنا اليه

(وان قالت قد انقضت عدتى وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها) لانها أمينة فى ذلك اذهى العالمة به (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضى عليها وقت صلاة كامل) لان الحيض لامزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضى وقت الصلاة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع فى حقها أمارة زائدة فاكتفى بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لافيما قبلها من الاوقات

فالقول للمولى بالاتفاق وقوله فى الصحيح احتراز عما فى الينابيع انه على الخلاف أيضا وقال بعض أصحابنا لا يقضى بشئ حتى يتفق المولى والامة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة الا اذا اتفقا اذ يستحيل أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدمها وفى المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل فى الصحيح ووجه الفرق لابى حنيفة انها منقضية العدة فى الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها فى ابطاله بخلاف الوجه الاول وهو ما اذا كذبته وصدقه المولى لانه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله عليها (قوله وان قالت قد انقضت عدتى وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها أمينة فى ذلك اذهى العالمة به) دون غيرها أى بالانقضاء ولذا يقبل قولها انى حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد ولو قالت ولدت يعنى قد انقضت عدتى بالولادة لا يقبل قولها الا ببينة أو قالت أسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فللزوج أن يطلب يمينها على انها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ولا فرق فى هذا بين الحرة والامة (قوله أو يمضى عليها وقت صلاة) أى بأن يخرج وقتها الذى طهرت فيه فتصير دينا فى ذمتها فان كان الطهر فى آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير وان كان فى أوله لم يثبت هذا حتى يخرج لان الصلاة لا تصير دينا الا بذلك وعلى هذا لو طهرت فى وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر (قوله بخلاف ما اذا كانت كتابية) فانه لا يتوقع فى حقها امارة على الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لان الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها فبمجرد الانقطاع وان كان لما دون العشرة حل وطؤها وانقطعت رجعتها (قوله وتنقطع اذا تيممت وصلت) أى فرضا أو نفلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى (قوله حتى يثبت به من الاحكام) برفع يثبت لان حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد بالاحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف وهذه أحكام الغسل فكان التيمم مثله ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلاة أولى ولا يشكل عليه انه لا يحل لها التزوج بآخر بالاتفاق لان التيمم وان قام مقام الغسل هو أضعف منه والاحتياط فى التزوج عدم جوازه معه وفى الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتيها رجل فى شبهة (قوله ولهما انه ملوث غير مطهر) أى حقيقة لا شرعا كذا فى الدراية ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للاوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيدنا نبينا محمد أفضل الرسل الكرام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام فنقول هذا البحث له ثلاثة موارد فى الفقه أولها باب التيمم فى البحث مع الشافعى فى جواز الفرائض المتعددة

قوله (وان قالت قد انقضت عدتى) ظاهر والضمير فيه راجع الى الانقضاء قال (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة) كلامه واضح وقوله (بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضى وقت الصلاة) يعنى ان الوقت اذا مضى صارت الصلاة دينا فى ذمتها وهو من أحكام الطاهرات وقوله (واذا تيممت وصلت) أطلق الصلاة لتناول المكتوبة وغيرها وقوله (حتى يثبت به من الاحكام) يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واباحة الصلاة وسجدة التلاوة

بتيمم واحد عندنا خلافا له وهو مبنى على أن التيمم طهارة مطلقة أولا فقال انها ضرورية تثبت ضرورة أداء المكتوبة به فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها فاتفق أئمتنا فى جوابه على أنها مطلقة تعمل عمل الماء ما بقى شرطه وصرح فى النهاية فى تقريره بان التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقى شرطه وهو العدم كالماء الا أنه بالماء مقدر الى وجود الحدث وهنا الى شيئين الحدث والماء ثانيها باب الامامة فى مسئلة اقتداء المتوضئ بالمتيمم فافترقوا فيها فقال محمد هى ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضئ به وقالا مطلقة فيجوز وثالثها هنا فافترقوا أيضا الا أنهم عكسوا كلمتهم فترى لمحمد وجهان من المناقضة أحدهما قوله فى الامامة ضرورية بعد ما اتفقوا عليه فى جواب الشافعى من أنها مطلقة والثانى ان بعد ما قال فى الامامة انها ضرورية قال هنا مطلقة ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما هنالك مطلقة وهنا ضرورية ملوثة وكثير من الشارحين يأخذ فى تقرير قولهما انه لا يزيل الحدث بيقين ولهذا عند رؤية الماء انما يصير محدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا والجواب انه لاشك ان فى التيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة وفيه أيضا انه ملوث فى نفسه مغبر لا يطهر أى لا ينظف فمعنى الاطلاق انه يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية أحد الامرين من وجود الحدث أو الماء ومعنى الضرورة أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات وعدم تفويتها وتكثير للخيرات عند عدم الماء اكراما لهذا النبى الكريم صلى الله عليه وسلم وأمته ولذا كان من الخصائص وهذا لا يفيد الاخلال بمعنى الاطلاق اذ حاصله انه بيان سبب شرعيته ولما شرع للضرورة والحاجة التى ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وانما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء وأما كونه ملوثا ومغبرا فهو بسبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء فانه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين الاعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدى الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع الا للضرورة المتحققة من الحاجة الى الاداء مع عدم الماء تكريما لنبينا محمد صلى الله عليه وسلم فذكر التلويث وعدم تطهيره فى نفسه ذكر سبب كونه مشروعا للحاجة المذكورة اذا علمت هذا فقولهم مع الشافعى انها مطلقة أى تزيل الحدث و يستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذى يستباح به لينتفى به قصر الصحة به على فرض واحد لا ينافى قولهم انها ضرورية على ما سمعت فمن قال انها مطلقة فى موضع وقال فى آخر انها ضرورية لم يكن مناقضا أصلا وقول من ذكر فى تقريره انه لا يرفع بيقين حاصله انه فرق بينه و بين الماء فان الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف فى أن الحدث أمر حقيقى أو مجرد مانعية فعلى الاول لا يرفعه الا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد غير أن الراجح هو الظن والثانى لما قدمنا فى باب التيمم من الحديث والمعنى وهو انه لم يقدر أحد على اثبات ان الحدث وصف حقيقى قائم بالاعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية وعلى هذا فلا اشكال فى ارتفاعه بالتيمم وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه اذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعى فله أن يقطع ذلك الاعتبار الى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء والدليل الملجئ الى هذا كون رؤية الماء لا يعقل وجه كونها نفسها حدثا ثم النظر فى وجه تعيين كل منهم احدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذى عينه فيه فأما وجه تخصيص محمد فهو انه رأى وجوب الاحتياط فى الموضعين فالاحتياط فى اقتداء المتوضئ بالمتيمم أن لا يصح ولا يعمل هذا الا بجهة الضرورة فاعتبرها فيقول لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض بوجود الماء ولا تثبت الا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة الى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوى على الضعيف وفى الرجعة الاحتياط فى انقطاعها ولا يعمل الا بجهة الاطلاق فاعتبرها هنا وهما لما عكسا الحكم فى الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيما مهد والباقى بعد هذا انما هو النظر فى الترجيح فى الخلافين فى الحكم وعندى ان قولهما فى الاقتداء أحسن من قول محمد

وقوله (والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) يعني ان ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم أما قراءة القرآن فلانها ركن الصلاة وأما المسجد فلانه مكان الصلاة وأما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة فانه يجوز أن تقرأ في صلاتها آية السجدة ولقائل أن يقول الحاصل من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تتحقق حال أداء الصلاة ولا يكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب أن لا تنقطع الرجعة وان صلت مالم تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة والجواب ان الضروري متى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند أداء الصلاة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي المدة ومن (١٦٨) لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته وأما الجواب عن

والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة (واذا اغتسلت ونسيت شيأ من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو انقطعت) قال رضي الله تعالى عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل

وقول محمد في الرجعة أحسن من قولهما لان الضعف الكائن في طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر في شيء من الاحكام عند نافعلمنا انه شيء له في نفسه فيجوز اقتداء المتوضئ به وتنقطع به الرجعة خصوصا والاحتياط في ذلك واجب هذا ولقائل أن يقول ان اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة قبل العشرة يرده الدليل وهو قوله تعالى ثلاثة قروء والخلو عن اشتراطه فاشتراطه لانقضاء العدة يرده النص فان أجيب بان تعين الانقضاء منتف لفرض انه ليس أكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بان هذا الاعتبار الزائد لا يجدي قطع هذا الاحتمال لا في الواقع ولا شرعا لانها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد ان قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله ولو راجعها بعد هذا الغسل الذي قلنا انه به تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعته وكذا الكلام في التيمم فليس جواب المسئلة في الحقيقة الا مقيدا هكذا اذا انقطع لاقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها وتجاوز ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة اذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته وان عاودها ولم يتجاوز فالاحكام المذكورة بالعكس والله أعلم (قوله والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) إذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه وكذا المس لانه قد يحتاج الى مس المصحف للقراءة في الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة اتقان وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلاة وقد تجب في الصلاة (قوله وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة) قال في المبسوط وهو الصحيح فان فسادها قبل الفراغ محتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ولو تممت وقرأت أو مست المصحف أو دخلت المسجد قال الكرخي تنقطع به الرجعة لان صحة هذه حكم من أحكام الطاهرات وقال الرازي لا تنقطع به (قوله وان كان أقل من عضو انقطعت) وذلك كنحو الاصبع كذا في المحيط والينابيع وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل (قوله والقياس في العضو الى قوله والقياس فيما دون العضو) الحاصل أن الحكم

جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هنالك مستوفى (واذا اغتسلت ونسيت شيأ من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو كاصبع ونحوه انقطعت) قال المصنف وهذا استحسان) اعلم أن محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه وروى انه عند أبي يوسف في العضو فما فوقه فان القياس أن تنقطع الرجعة لانها غسلت أكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكأنها أصاب الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دونه فالقياس أن تبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان أن تنقطع لان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمصنف أشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس أبي يوسف وبقوله والقياس فيما دون العضو أن تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ وهو اشارة الى قول محمد وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه بأن منعت قصدا لم تنقطع الرجعة وهذا إشارة إلى استحسان محمد وقال (بخلاف العضو الكامل

الثابت

(قوله والجواب ان الضروري الخ) أقول فيه بحث فانه لو صح ما ذكر لم يستقم قوله في المسئلة الآتية ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فان انقطاع الرجعة هنالك لانقضاء العدة ليس الا ويلزمه حل التزوج فليتأمل

لانه لايتسارع اليه الجفاف) فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة) وهذا اشارة الى استحسان أبى يوسف فانظر حذق المصنف فى هذا الادراج اللطيف الذى قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا (وعن أبى يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل) والواو بمعنى أو لان الحكم فى كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه

لانه لايتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمه الله تعالى عليه هو بمنزلة مادون العضو لان فى فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء (ومن طلق امرأته وهى حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة) لان الحبل متى ظهر فى مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا

الثابت فى العضو ومادونه استحسان فالقياس فى العضوان تنقطع لان للاكثر حكم الكل وفى بعض العضو أن لا تنقطع لانها لم تخرج الى حكم الطاهرات ولا يخفى تأتى كل من القياسين فى كل من العضو ومادونه فيقتضى أن يتعارض فى كل منهما قياسان قياس أن للاكثر حكم الكل فيوجب انقطاع الرجعة وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها ومبنى وجه الاستحسان على اعتبار القياس الثانى إذ حاصله اعتبار ظهور عدم اصابة الماء الشئ وعدمه فاذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة واذا ظهر ثبوت الاصابة انقطعت غيران ظهور الترك يتحقق فى العضو لا فى الاقل على ان كون ان للاكثر حكم الكل قياسا ممنوع بل انما يحكم به فى مواضع خاصة بخصوص دلائل فيها لا انه مطرد شرعا ممهد ثم وجه التفصيل المذكور ان مادون العضو يتسارع الجفاف اليه بعد اصابة الماء غير بعيد وبتقديره تنقطع الرجعة فحكم بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا ولم يجز لها ان تتزوج بآخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا فى أمر الفروج حتى انها لو تيقنت عدم اصابة الماء بأن علمت قصدها الى اخلاء ذلك الموضع عن الاصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل فان احتمال جفافه بعد الاصابة بعيد فيه جدا لان الغفلة عنه عمن هو بصدد تعميم جميع الاعضاء فى غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع (قوله وعن أبى يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو) الواو بمعنى أو اذ ترك كل بانفراده كترك عضو وعنه وقول محمد كترك مادون العضو (قوله لان فى فرضيتهما) أى فى فرضية المضمضة والاستنشاق فى الغسل اختلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا ولو بقى أحد المنخرين لم تنقطع الرجعة (قوله ومن طلق امرأته وهى حامل أو ولدت منه) قبل الطلاق ثم طلقها (وقال لم أجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر بعد العقد فى مدة يتصور أن يكون منه بان تأتى به لستة أشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش) واذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئا وبطل زعمه فى عدم الوطء المستلزم لاقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع اياه فى ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة مادامت فى العدة وهذا لعدم تعلق حق أحد بسبب اقراره ذلك بخلاف مالو أقر بعين فى يد غيره لانسان ثم اشتراها ثم استحقت فأخذت منه قبل أن يقضى بها للمقر له ثم وصلت الى يده بسبب من الاسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وان كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له وبخلاف مالو قال فى عبد انسان انه حر الاصل أو أعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة الشراء وبحرية العبد مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه فالحاصل أن تكذيب الشرع اقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب فى اللازم فينتفيان واذا انتفى عدم الوطء والرجعة ثبت وجودهما وعاد حقه فى الرجعة بخلاف اقراره بما يثبت به حق الغير فان تكذيب الشرع بقصره على حق نفسه

وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين فى الجنابة (و) فى رواية أخرى (عنه) وهو رواية الكرخى عن محمد (هو) أى كل واحد منهما (بمنزلة مادون العضو لان فى فرضيته اختلافا) فان المضمضة والاستنشاق سنتان عند مالك والشافعى وكان الاحتياط فى انقطاع الرجعة (بخلاف غيره من الاعضاء) فانه لا اختلاف لاحد فى فرضيته قال (ومن طلق امرأته وهى حامل أو ولدت منه ثم طلقها وقال لم أجامعها ثم أراد الرجعة) فله ذلك ولا معتبر بقوله لم أجامعها لانه ظهر الحبل فى مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة فى ذلك ومتى ظهر فى مدة يتصور ان يكون منه جعل منه (لقوله عليه السلام الولد للفراش) الحديث (وذلك) أى جعل الحمل منه (دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا) لانه لا يتصور بدونه

قال المصنف (بمنزلة مادون العضو) أقول يجوز أن يحمل على تقدير المضاف أى بمنزلة ترك مادون قال المصنف (لان فى فرضيته اختلافا) أقول أى فرضية غسله فى الغسل ان أرجع ضميره الى الفم والانف وان أرجع الى المضمضة والاستنشاق فلا حاجة بنا الى تقدير المضاف بل فى قوله بمنزلة مادون العضو أى غسل مادون العضو وان ارجع الى الترك أى ترك المضمضة والاستنشاق فالمقدر هو الترك

(وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق فى ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه) انه لم يجامعها (بتكذيب الشارع) وفيه بحث من وجهين أحدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم أجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثانى انه أقر بقوله لم أجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو أقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت إليه أمر بالتسليم إلى المقر له وان صار مكذبا شرعا وأجيب عن الاول بأن الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثانى بانه لم يتعلق ههنا باقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغرماء به وقوله (ألا ترى) توضيح لقوله والطلاق فى ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل فى وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء (فلأن يثبت به الرجعة) التى ليست فيها جهة العقوبة (أولى) وقوله (وتأويل مسئلة الولادة) ظاهر (فان خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا) على رواية كتاب الطلاق بكلمة أو وعلى رواية الجامع الصغير وأرخى سترا بالواو والاول أصح (ثم قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه) فان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول أجاب بقوله

واذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق فى ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضى العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة قال (فان خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة) لان تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول

فيبقى لازم المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب فى اقراره بالحرية وثبت الحكم بها وفى استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق فان قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وان كان لزوما شرعيا لان تخلفه يبطل اعتبار الشرع اياه لازما وقد فرض اعتباره لازما فالجواب ان الامتناع فى اللزوم العقلى أما الشرعى فقد يحكم الشرع باللزوم على تقدير فتقتصر الملازمة عليه وهنا كذلك فانه حين أقر بالعين لفلان ثبت ان فلانا أحق بها من غيره فاذا كذبه الشرع بالقضاء به للمستحق فى اقراره بانه لفلان ثبت انه ليس لفلان بالنسبة الى المستحق فقط وانه له بالنسبة الى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه (قوله ألا ترى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان) أى الوطء الذى يثبت بتكذيب الشرع اياه والاحصان له مدخل فى ايجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها فى العقوبة أولى (قوله وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق) أى فى مدة تصلح بان تلد لستة أشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمنا (قوله وأغلق بابا) المناسب أو أغلق بأو كما فعل فى أرخى لا بالواو لان كلا منهما تفصيل للخلوة لاستقلاله باثباتها لا مباين لها (قوله لان تأكد الملك بالوطء) اذ بعدمه تبين بالطلاق لا الى عدة وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعدمه فصار مبطلا حق نفسه من الرجعة (قوله ولم يصر مكذبا شرعا الخ) جواب عما قد يقال انه هنا أيضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعا انزالا له واطئا شرعا فمنع كونه بناء على ذلك شرعا أو على ما يستلزمه بل هو بناء على تمام تسليم المبدل وهو بضعها بالتخلية التى هى وسعها ولو توقف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس هو فعلها النضررت فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبهما والعدة يحتاط فى اثباتها لان انقضاءها يستلزم حلها للازواج فهى حق الشرع فلا يصدقان فى ابطالها فتصير العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها فلم تقم الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك وقول امام الحرمين ان العدة تستدعى سيما فى الشغل مردود بالآيسة والصغيرة ولو قال جامعتها كان له الرجعة وان كذبته المرأة فى الوطء (قوله بخلاف الفصل الاول) يتصل بقوله لم يصر مكذبا شرعا وعنى به ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له فى قوله لم أجامعها حيث جعله واطئا حكما لان الرجعة تنبنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لانه

(ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض) ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطء وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه وبقدر المسلم اليه على أن يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب (بخلاف الفصل الاول) لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب

(قوله والصريح يفوق الدلالة) أقول الدلالة اذا عملت عملها لا يعارضها الصريح فضلا عن أن يكون فوقها وما نحن فيه كذلك

(فان راجعها بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) يعنى وان كان لا يملكها (ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) أى الرجعة السابقة (لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة) ولاحتمال المدة (فان الولد يبقى فى البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده) لان فيما بعده يكون الوطء حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعنى الا الى عدة لان الفرض عدم الوطء قبله لانه أنكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة قال (فان قال لها اذا ولدت فأنت طالق) ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا فاما أن يكون بين الولدين ستة أشهر أولا فان كان الثانى فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثانى وما ثم دليل على انه وطئها بعد الولد الاول فلا يثبت به الرجعة وان كان الاول وهو المذكور فى الكتاب فهى رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجهه ماذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله (وان كان أكثر من سنتين) ان للوصل أى لما كان بين الولدين ستة أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية فى أقل من سنتين وبين أن تكون أكثر من ذلك فى ثبوت الرجعة لان الولد الثانى مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة (وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق) على ماذكره فى الكتاب واضح وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الخ

(فان راجعها) معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها (ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لانه يثبت النسب منه اذ هى لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى فى البطن هذه المدة فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثانى يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام (فان قال لها اذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهى رجعة) معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليه بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثانى من علوق حادث منه فى العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد فى بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثانى رجعة وكذا الثالث) لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثانى صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث فى العدة ويقع الطلاق الثانى بولادة الولد الثانى لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق

لا نسب بلا ماء فتثبت (قوله معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) أى ثم طلقها ثم راجعها لا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق صحت أى ظهر صحتها (قوله لان على اعتبار الثانى) وهو انزاله واطئا بعد الطلاق وحينئذ فالصلف فى العبارة أن يقول لان على الاعتبار الثانى يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه فى عدم الوطء اذ المؤدى على عبارته هكذا على اعتبار انزاله واطئا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم وتحصيل المقصود من هذه بتكلف بعد توهم خطئها (قوله والمسلم لا يفعل الحرام) فان قيل والظاهر منه أيضا أنه لا يكذب فالجواب لا بد من أحد الاعتبارين وعلى الاول يلزم كذبه وعلى الثانى يلزم الزنا وهو أعظم من مثل هذه الكذبة (قوله وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من سنتين) ان فيه للوصل فأفادان قوله بعد ستة أشهر معناه أى فصاعدا أقل من سنتين أو أكثر وان كان عشر سنين مالم تقر بانقضاء العدة لان الثانى يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق فى العدة لان امتداد الطهر لا غاية له الا الاياس وبه يصير مراجعا بخلاف ماذكر فى كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وفى أكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق فى الاول دون الثانى فان هذا الاحتمال سقط هنا لانهما اذا كانا من بطنين كان الثانى من وطء حادث البتة بخلاف ما اذا كان بينهما أقل من ستة أشهر فانهما حينئذ من بطن واحد اذ لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثانى من وطء على حدته بعد الطلاق الواقع بولادة الاول فلم تثبت الرجعة لانها بالوطء الكائن بعد الطلاق (قوله وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد فى بطون مختلفة) وهو ان يكون بين كل ولدين ستة أشهر فان كان أقل فهما توأمان فيقع طلقتان بالاولين لا غير اذ بالثالث تنقضى العدة ولو كان الاولان فى بطن والثالث فى بطن تقع تطليقة واحدة بالاول لا غير وتنقضى العدة بالثانى ولا يقع بالثالث شئ ولو كان الاول فى بطن والثانى والثالث فى بطن يقع ثنتان بالاول والثانى وتنقضى العدة بالثالث فلا يقع به شئ واذا كانوا فى بطون فالولد الثانى رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع

(قوله وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين) أقول أى لا يملك الرجعة

وقوله (والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف أي مجلو وهو أن تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها وقوله (اذا النكاح قائم بينهما) يدل عليه ان التوارث قائم بينهما وكذلك جميع أحكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما بينهما لجاز أن يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما ذكره أجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها

فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة أجيب بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان وقوله (ولان تراخي عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج الى المراجعة ولا حاجة له اليها فلا تراخي اما ان التراخي كذلك فقد علم مما تقدم وأما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر لان كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز اذا انقضت المدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه وأجيب بانه انما يرد أن لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا أريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل أخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون مدة الاقامة

(والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه) معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها (وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر رحمه الله تعالى عليه له ذلك لقيام النكاح ولهذا له أن يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة له فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها

الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا ان العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعا وقوله وبالثاني صار مراجعا معناه ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع بالثاني طلقة ثانية لان اليمين بكلما المقتضية للتكرار ودخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ما ذكرنا وتقع الثالثة بولادته ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لان النفاس لا يلزمه كمية خاصة فجاز أن يكون غير ممتد وجاز أن لا ترى شيأ أصلا على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء (قوله تتشوف) التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف أي مجلو وهو أن تجلو وجهها وتصقله (قوله اذا النكاح قائم بينهما) وكذا جميع أحكامه من التوارث ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فانها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أي يبدو له أن يراجعها والحرمة بهذا النص لم تجعل رجعة لان الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام قيل ولا دلالة الا ان الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها أو رد عليه ان التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وان نادى على نفسه بعدم الرجعة وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما قلنا وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها الى ما دونه لان الحرمة ليست منوطة بالسفر بل بالخروج وكما يكره السفر بها تكره الخلوة اذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعا وهو لا يريد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدي الى تطويل العدة عليها وذلك حرام وقال السرخسي انما تكره الخلوة اذا لم يأمن غشيانها اذ يصير مراجعا لها بغير اشهاد وهو مكروه ومقتضى هذا انه اذا أمن لا يكره وان كراهة الخلوة حينئذ تنزيهية ولم يلتفت شمس الائمة الى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعا كأنه لبعده جدا حيث كان انما هو النظر الى داخل الفرج وقل أن يقع مع الخلوة حتى ان الانسان يكون معه زوجته التي هي في عصمته سنين لا يقع له هذا النظر الا ان تعمده قصدا حالة الجماع لكن الوجه الذي ذكره المصنف وهو قوله لان تراخي عمل المبطل يعني الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته أي لحاجة الزوج الى المراجعة

ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة أيضا يثبت بالتبيين كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب في قوله اذا حضت فأنت طالق فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم يرد الرجعة فكما أنه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك النكاح

فاذا

وقوله (على ماقدمنا) يعني في أوائل الباب حيث قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة (والطلاق الرجعي لايحرم الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان حل الوطء بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق وانما ان الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها) بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت أجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى أي ثبوته نظرا له يوجب استبداده به أي بالرجعة بتأويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة (واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء) اذ الدليل الدال على الاستبداد

معناه الاستحباب على ماقدمناه (والطلاق الرجعي لايحرم الوطء) وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع أخر عمله الى مدة اجماعا أو نظرا له على ماتقدم والله أعلم بالصواب

﴿فصل فيما تحل به المطلقة﴾ (واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها) لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله

فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة أي العدة ظهر انه لاحاجة الى الرجعة فتبين ان المبطل عمل الابانة من وقت وجوده وان مسافرته بها كانت بأجنبية كما يقتضي قصر كراهة المسافرة على تقدير ما اذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك يقتضي حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصده الرجعة ويقتضي أنه لو راجعها ظهرت حاجته وان المبطل لم يعمل أصلا فيتبين ان الخلوة والمسافرة لم يكونا باجنبية والدليل على أن عمله من وقت وجوده احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب واحتيج الى عدة مستأنفة والاوجه تحريم السفر مطلقا لاطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ماتقدم ولزوم ظهور ان الخلوة بأجنبية غير ضائر اذ حالة تحققها كانت زوجة يباح معها شرعا مايباح من الزوجة (قوله وذلك) يعني استبداده به (يؤذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل ينافيه) أي دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه أي ينافي الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى رضا المرأة واذنها والشهود والولي عند من يوجبه احتياطا ومما يدل على بقاء الزوجية في الرجعي من كل وجه ماقدمنا في أول الباب من النصوص فارجع اليه (قوله والقاطع الخ) جواب عن قول الشافعي الزوجية زائلة لوجود القاطع قلنا نعم وجد ولكن أخر عمله اجماعا الا ان الاجماع على أن الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد أن عمله وهو القطع مؤخر أو نقول تأخر عمله نظرا للزوج على ماتقدم من ان حق الرجعة ثبت نظرا له والله سبحانه أعلم

﴿فصل فيما تحل به المطلقة﴾ لما ذكر مايتدارك به الطلاق الرجعي ذكر مايتدارك به غيره (قوله لان حل المحلية) تركيب غير صحيح والصحيح أن يقال لان حل المحل باق أو لان المحلية باقية وهذا لان المحلية هي كون الشيء محلا ولا معنى لنسبة الحل اليها اذ لا معنى يحل كونها محلا (قوله لان زواله) مرجع الضمير

وهو ماذكرنا من القياس ينافي أن تكون الرجعة انشاء لان الزوج لايستبد به والاستدامة لا تتحقق الا في القائم وكانت الزوجية قائمة وقوله (والقاطع) جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان وجود القاطع لاينافي قيام الزوجية لانه أخر عمله الى مدة اجماعا أو نظرا له على ماتقدم يعني قوله يثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار تأخر عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار

﴿فصل فيما تحل به المطلقة﴾

لما فرغ من بيان مايتدارك به الطلاق الرجعي ذكر مايتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة (واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد

انقضائها لان حل المحلية) وهو كونها آدمية ليست من المحرمات (باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة) لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له على ماذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله ورد بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا والجواب انه معدوم بعدمه الاصلي اذ العلة لم تصر علة بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل

﴿فصل فيما تحل به المطلقة﴾ قال المصنف (فينعدم قبله) أقول وتذكير الضمير الراجع الى الطلقة لتأويله بالطلاق

أجاب بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع

ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه (وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها) والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف

الحل وضمير فيه لعدم الزوال (قوله ومنع الغير) جواب عن مقدر والمتبادر من العبارة ان يقال ما فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا لغيره فأجاب بلزوم اشتباه النسب في الاجنبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا استشكال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنعه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل ان لا يشتبه النسب (ولا اشتباه في اطلاقه) أي اطلاق صاحب العدة عن ذلك المنع لان الماء ماؤه فلذلك جاز الاجماع على اطلاقه وأطلق وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص أعني الاجماع لان الصغيرة والآيسة لا اشتباه في حقهما مع عدم اطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من اطلاقه وعدم المانع لا يعلل به لكن المعنى انه لم يجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع وبسطه أن العدة بعلة الحاجة الى دفع الاشتباه فوجود الحاجة الى الدفع مقتض لثبوت العدة المانعة من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها الا أنه وجد المقتضي للعدم لان العلة لا تؤثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم أعني وجود العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن اما بعلة أخرى اما أن يكون اظهار الخطر المحل اذا تأملت حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليعز على الراغب بخلاف ما لو أطلق مطلقا كما أظهر خطره مرة أخرى باشتراط جمع الناس ايثم دوه أو لم يطلع عليها أو هي فيهما تعبد محض ولم يمكن اخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما وفي غيرهما معلل بما قلنا فليست العدة مطلقا تعبدية (قوله وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره الخ) لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها أو غير مدخول بها لصريح اطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم رآها أن ينقلها فضلا عن ان يعتبره لان في نقلها اشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى ان مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال ومما صرح فيه بعدم الفرق مختارات النوازل والامر فيه من ضروريات الدين لا يبعد اكفار مخالفه (قوله والمراد) أي المراد بقوله تعالى فان طلقها (الطلقة الثالثة) لانه ذكرها عقب الطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها أي الثالثة هذا قول الجمهور وذهبت طائفة الى ان الثالثة هي قوله أو تسريح باحسان فان أبا رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت الطلقتين في القرآن فأين الثالثة فقال في قوله أو تسريح باحسان كذا في المبسوط وكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة انه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى فان طلقها اذ لا يمكن الخلاف في أن المراد بقوله فان طلقها الثالثة لانه عقبها بقوله فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق ان المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار فان الثاني ذكر شرطا لاعطاء حكم الثالثة والاول ذكر لبيان ابتداء شرعية الثالثة وحاصله أن يقال شرعها

اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه أي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة وأجيب بأن ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور وأقول كما ذكرت اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق وأما انه ملزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر وهو جهة التعبد (وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمراد بقوله تعالى فان طلقها الطلقة الثالثة عند أكثر أهل التأويل (والثنتان في الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف

(قوله أجاب بقوله ومنع الغير في العدة الى قوله اذ الاشتباه انما يكون الخ) أقول هذا أيضا من قبيل التعليل في مقابلة النص والاولى أن يقال خص منه المطلق بالاجماع قال المصنف (وان كان الطلاق ثلاثا) أقول لم يقل ثلاثة لتأويل الطلاق بالطلقات

لحل المحلية) لكونه نعمة والعقدة الواحدة لاتتجزأ فكملت عـلى ماعرف وانما يجب أن يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيـد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ماعرف فى الاصول (والزوجية المطلقة) أى الكاملة (انما تثبت بنكاح صحيح) وإنما يشترط الدخول بها إما باشارة الكتاب على ماذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو ان يحمـل النكاح فى قوله تعالى حتى تنكح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق اسم الزوج فى قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تأكيدا والتأسيس أولى من التأكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعـة بن وهب القرظى طلق امرأته فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى تميمة وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن ابن الزبير القرظى ثم طلقها فأتت النبى صـلى الله عليه وسـلم وقالت يارسول الله ان رفاعـة طلقـنى فبت طلاقى وانى نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظى وانما معـه مثل الهدبة فقال رسول الله صـلى الله عليه وسلم لعلك تريدين أن ترجعى الى رفاعـة لا حتى تذوقى عسـيلته ويذوق عسيلتك وقد روى بروايات مختلفـة فى بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر فى الكتاب وفى بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المـذكور فى كتب الاصـول وهـو حـديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ إطلاقـه وقد ذكرنا ذلك فى التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثمة

لحـل المحليـة عـلى ماعـرف ثم الغـاية نكاح الزوج مطلقـا والزوجيـة المطلقـة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو أن يحمـل النكاح على الوطء حمـلا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العـقد استـفيد باطلاق اسم الزوج أو يزاد عـلى النص بالحـديث المشهور وهو قوله عليـه السلام لاتحـل للاول حتى تذوق عسـيلة الآخر روى بروايات

ثلاثا ورتب على الثالثة حكما وبين ذلك بقوله الطلاق مرتان وبعدهما اما امساك بمعروف أو تسريح بثالثة باحسان فان طلقها الثالثة اختيار الاحـد الامرين الجائزين له فحكمه ان لاتحـل له حتى تنكح زوجا غـيره فتحصل ان كليهما مراد به الثالثة (قوله لحل المحلية) فيه ماسبق (قوله ثم الغاية) أى غاية عدم الحل الثابت بقوله تعـالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهى أمـة ثم ملكها أو ثلاثا الحـرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لاتحـل له وطؤها بملك اليمين حتى يزوجها فيـدخل بها الزوج ثم يطلقها (قوله والزوجية) مطلقا وكذا الزوج مطلقا انما يثبت بنكاح صحيح لان المطلق ينصرف الى الكامـل أو لانه المتبادر عنـد اطلاقه خصوصا اذا كان مضافا الى المستقبل دون النكاح الفاسد بخلافه مضافا الى الماضى لان المراد فى الاول التحصن والاعفاف وهو لايحصل الا بالصحيح وفى الثانى صدق الاخبار وهو يحصـل بالتزوج فاسدا ولذا حنث فى يمينه لم يتزوج بالفاسـد لا فى حلفـه لايتزوج (قوله وشرط الدخول ثبت باشارة النص الخ) ولا يخفى ان على تقـدير حمـله على الوطء انما يثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق (قوله حمـلا للكلام على الافادة دون الاعادة) يعنى ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح على العـقد لان اسم الزوج يتضمن اعادته لدلالته عليـه التزاما بخـلاف ما اذا حملناه على الوطء وان كان حينئذ مجازا بالنسـبة الى المرأة اذ هو حال نسبته اليها يراد به التمكين من حقيقتـه لا حقيقته فان المجاز فى الكلام أكثر من الاعادة هذا الوجه على العموم ووجه آخر على رأينا وهو ان فى حمله على العقد مجازين النكاح فى العقد مجاز فان حقيقتـه الوطء والزوج فى الاجنـبى مجاز باعتبار الاول وعلى الوطء مجاز واحـد وهو النكاح فى التمكين والزوج حينئـذ حقيقـة (قوله أو يزاد على النص بالحديث المشهور) هذا انما يتصور اذا أريد بلفظ تنكح فى النص العـقد لا على ارادة الوطء فيـه (قوله يروى بروايات) روى الجماعـة من حـديث عائشـة رضى الله عنها انه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخـل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الاول قال لا حتى يذوق الآخر من عسـيلتها ماذاق الاول وروى الجماعة الا أبا داود عن عائشة رضى الله عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظى فطلقنى فأبت طلاقى فتزوجت بعده بعبد الرحمن

قال المصـنف (والزوجية المطلقـة) أقول جعـل الاطلاق قيدا للزوج دون النكاح ليتمشى عـلى كلا وجهى شرط الدخـول فليتأمل قال المصنف (وهو أن يحمل النكاح على الوطء حمـلا للكلام على الافادة) أقول قال الزيلعى هكذا ذكر الاصحاب وفيـه نظر فان النكاح المنسوب الى المرأة يراد به العـقد لتصورهمنها دون الوطء لاستحالتـه منها ويمكن أن يقال يجوز نسـبته اليها مجازا كما يقال زانيـة مجازا بالتمكين منـه وهـذا أقرب من حمله على العقد لان فى حمله على العقد مجازين أحـدهما ان النكاح حقيقة للوطء ومجاز للعـقد وفيه حمله عليه والثانى ان فيـه تسمية الاجنبى زوجا باعتبار ماسيؤول اليه وفيـه حمل اللفظ على الاعادة أيضا وفى حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء اليها فكان أولى انتهى وفيه بحث لان التمكين من الوطء لايوجب الوطء ولا يلازمه الا أن يقال المراد التمكين المقارن للفعل وفيـه مافيه ولا يبعد ان يقال قوله تعالى حتى تنكح زوجا غـيره من قبيل عيشة راضية على الاسناد المجازى

ولاخلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد (والصبي المراهق في التحليل كالبالغ) لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه

ابن الزبير بفتح الزاي لاغير وانما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أتريدين أن ترجعي الى رفاعة لاحتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي لفظ في الصحيحين انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفي لفظ البخاري كذبت والله يارسول الله اني لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد أن ترجع الى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان كذلك لم تحلي له حتى يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا وأنت تزعمين ماتزعمين فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب وهو في الموطا هكذا أنبأنا مالك عن المسور بن مخرمة بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن سموال طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الله بن الزبير فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة أن ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لاتحل لك حتى تذوق العسيلة ووقع في معجم الطبراني عكس مافي الصحيح عن عائشة رضي الله عنها كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن ابن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة رجل من بني قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال والله ياتميمة لاترجعي الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره قال لم يروه عن أبي اسحق الا سلمة أبو الفضل (قوله ولاخلاف لاحد فيه) أي من أهل السنة أو المراد الخلاف العالي سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه (قوله لاينفذ) لمخالفته الحديث المشهور قال الصدر الشهيد ومن أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين انتهى وهذا لان شرعية ذلك لاغاظة الزوج حتى لايسرح في كثرة الطلاق عومل بما يبغض حين عمل أبغض مايباح (قوله والشرط الايلاج) بقيد كونه عن قوة نفسه وان كان ملفوفا بخرقة اذا كان يجد لذة حرارة المحل فلو أولج الشيخ الكبير الذي لايقدر على الجماع لابقوته بل بمساعدة اليد لايحلها الا ان انتعش وعمل والصغير الذي لايجامع مثله أولى لانه لايجد لذة أصلا بخلاف من في آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان فانها تحل به وخرج المجبوب الذي لم يبق له شئ يولج في محل الحل أي في محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل وفي المبسوط في رواية أبي حفص ان كان المجبوب لاينزل لايحل ولايثبت نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبي أو دونه ودخل الخصي الذي مثله يجامع فيحلها وفي التجريد لو كان مجبوبا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند أبي يوسف خلافا لمحمد وفي الخلاصة لو كان مسلولا وجامعها حلت عند أبي يوسف خلافا لزفر والحسن ويشترط كونه في المحل بيقين حتى لو جامعها وهي مفضاة لاتحل مالم تحبل ولو تزوج صغيرة لايوطأ مثلها طلقها زوجها ثلاثا فوطئها هذا الزوج فأفضاها لايحلها وان كان يوطأ مثلها حلت وان أفضاها (قوله دون الانزال) خلافا للحسن البصري لاتحل عنده حتى ينزل الثاني حملا للعسيلة عليه ومنع بأنها تصدق معه ومع الايلاج وانما هو كمال وفي مسند أحمد انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هي الجماع انتهى فحيث صدق مسمى الجماع تثبت فيه الا ان في سنده ابن عبد الملك المكي مجهول (قوله وهو الشرط بالنص) فيه نظر اذ لو كان هو الشرط ليس غيره حلت بدخول الصغير الذي لايجامع مثله لكنها لاتحل به لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانبين فلابد من كون الزوج ممن يلتذ أيضا وسواء كان حرا أو عبدا

(ولاخلاف لاحد فيه) أي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل هو قول بشر المريسي وقوله (غير معتبر) لانه مخالف للحديث المشهور ولهذا (إذا قضى القاضي به) أي بقول سعيد بن المسيب (لاينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لان الانزال كمال ومبالغة فيه) أي في الدخول والكمال قيد لايثبت إلا بدليل ولادليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لانه ذكر العسيلة وهي تصغير العسيلة وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج وكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال (ومالك يخالفنا فيه) أي في اشتراط الايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو إنما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في افادة التحليل (والحجة عليه ما بيناه) ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لادليل عليه

وفسره فى الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آلته ويشتهى وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب فى حقها أما لا غسل على الصبى وان كان يؤمر به تخلقا قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) لان الغاية نكاح الزوج (واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله (فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول) لوجود الدخول فى نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبى يوسف انه يفسد النكاح

تزوج باذن المولى لا بغير اذنه عاقلا أو مجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما أو ذميا فى الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة وتحل بوطء الزوج فى الحيض والنفاس والاحرام وان كان حراما رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج (قوله وفسره) أى فسر الصبى المراهق فى الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع وفى المنافع المراهق الدانى من البلوغ وقيل الذى تتحرك آلته ويشتهى الجماع وفى فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين ولا تنس ما أسلفناه فى باب الاولياء والاكفاء من اشتراط كون الزوج كفأ على رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله اذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول أبى يوسف وهو المختار للفتوى فى زماننا وعلى هذا لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله (قوله ووطء المولى لا يحلها) لزوجها لما قدمناه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجا (قوله بشرط التحليل) أى بأن يقول تزوجتك على أن أحللك أو تقول هى ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له أما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجورا لقصده الاصلاح والحديث المذكور روى من حديث ابن مسعود وعلى وجابر وعقبة بن عامر وأبى هريرة وابن عباس رضى الله عنهم أجمعين والتخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود رواه الترمذى والنسائى من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذى وحديث عقبة هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذى فى علله الكبرى عن الليث بن سعد ما أراه سمع من مشرح ابن عاهان ولا روى عنه ودفع بأن قوله فى الاسناد قال لى أبو مصعب مشرح يرد ذلك ورواه الدارقطنى معنعنا عن أبى صالح كاتب الليث عن الليث به ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطنى والا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره ابن يونس فى تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط وأبوه عثمان بن صالح المصرى ثقة أخرج له البخارى ومشرح وثقه ابن القطان ونقل عن ابن معين أنه وثقه والعلة التى ذكرها ابن أبى حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره قال الزيلعى فى التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وظاهره انه اعتراض ثم جوابه أما الاعتراض فمنشؤه عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك انهم لا يطلقون اسم الحرام الا على منع ثبت بقطعى فاذا ثبت بظنى سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب وأما الجواب فكلامه فيه يقتضى تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك وقد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم فى العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطى كلامه من تسمية المنع الثابت بظنى حراما (قوله وهذا) أى المحلل الشارط هو محمل الحديث لان

وقوله (فسره) أى المراهق (فى الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الخ) وهو ظاهر قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) اذا طلق امرأته ثنتين وهى أمة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال فى شرح الاقطع روى ان عثمان سئل عن ذلك وعنده على وزيد بن ثابت فرخص فى ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام على مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج (ولو تزوجها بشرط التحليل) بان قال تزوجتك على ان أحللك أو قالت المرأة ذلك (فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له) قال محمله اشتراط التحليل فى العقد كما ذكرنا اذ لو أضمر ذلك فى قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لا فساده (فان طلقها) يعنى الذى شرط التحليل (بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول فى نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبى يوسف انه يفسد النكاح

لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث (واذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات و يهدم الزوج الثاني مادون الثلاث كما يهدم الثلاث وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

عمومه وهو المحلل مطلقا غير مراد اجماعا والاشمل المتزوج تزويج رغبة (قوله لانه في معنى الموقت) والموقت في معنى المتعة أو هو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا يحلها وتسميته محللا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا أو طالبا للحل ولانه ملعون وعقد النكاح نعمة ولو كان صحيحا لم يلعن عليه ويؤيده ما في مستدرك الحاكم جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها لاخيه هل تحل للاول قال لا الا نكاح رغبة كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه قلنا كونه في معنى الموقت ممنوع اذ تعيين نهايته الوطء لا يستلزم تعيين وقته لان الوطء قد يكون في ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريح ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه واللعنة على مباشرته من الوجه الممنوع وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض هذا الحديث وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم انهم كانوا لا يحكمون بحلها للاول لصدقه مع ثبوت الحرمة (قوله لانه استعجل) حاصله ان المفسد وهو التوقيت منتف لانه ليس بتوقيت والغرض وهو حلها له يتخلف لانه استعجله بطريق محظور كقاتل المورث الا ان هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا ثم اعترض عدمه مغيا بنكاح زوج غيره فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للاول البتة ومن الحيل إذا خافت ان لا يطلقها المحلل ان تقول زوجتك نفسي على ان أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد فاذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر بيدها وهذا بناء على ما عليه العامة ان شرط التحليل يبطل و يصح النكاح وذهب بعضهم إلى انه يصح الشرط أيضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه ونقل عن أبي حنيفة رحمه الله في روضة الزندويستي ذلك وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لانه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لانه لا شك انه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود في مثله على قسمين منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط و يصح الاصل ولا شك ان النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط و يصح هو فيجب بطلان هذا وان لا يجبر على الطلاق نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث و يبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة وما أورده السروجي من ان الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل كلامهم لانه لا يلزم من قصد الزوج ذلك ان يكون بما هو معروف بين الناس متداول انما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشهورا به وهنا قول آخر وهو انه مأجور وان شرط لقصد الاصلاح وتأويل اللعن عند هؤلاء إذا شرط الاجر على ذلك هذا ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لأمكن ان يقال ان مقتضى اللفظ ان تعلق اللعن به إذا كثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الامر شرط أولا لان المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكثير في فعل الفاعل أو المفعول فلو أراد تعليق اللعن بمرة إذا شرط لقال المحل من أحلها بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وان لم يكن فيه تكثير (قوله و يهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين) يعني إذا كان دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده في صورة المسئلة بالحرة لوضعها في هدم الطلقة والطلقتين ولا يتحقق في الامة

لانه في معنى الموقت) كأنه قال تزوجتك إلى وقت كذا (ولا يحلها على الزوج الاول لفساده) فان من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم (وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا) ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما أخره الشرع) لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل على الاول بعد موت الثاني فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل (فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث) وذكر في روضة الزندويستي ان أبا حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى إذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه اياها يجبره القاضي على ذلك وتحل للزوج الاول اذا طلقها الثاني برأيه أو بأمر القاضي اياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب (واذا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات و يهدم الزوج الثاني التطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث) يعني انه يجعل ذلك الباقي من الملك الاول كأن لم يكن ولا يحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا جمعا أو فرادى (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر

(قوله لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني) أقول وفيه شيء

الاهدم

وقال محمد رحمه الله لا يهدم مادون الثلاث) لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

الا هدم طلقة واحدة لا لانه لا هدم في الامة أصلا (قوله وقال محمد لا يهدم) والمسئلة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه اعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الاول ان يتزوجها على كم هي عنده فالتفت الى ابن عباس وقال ما تقول في هذا قال يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث واسأل ابن عمر قال فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس وروى البيهقي من طريق الشافعي بسنده عن عمر في نحوه قال هي عنده على ما بقي ونحوه عن علي ونقل عن أبي بن كعب وعمران ابن الحصين فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بالوجه (قوله لانه غاية للحرمة) أي لان الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له أي مطلقا لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره فيكون أي الزوج منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت أي ثبوتها فاللام بدل الاضافة ولا ثبوت لها الا بعد الثلاث فلا يكون منهيا قبلها فصار كالو تزوجها قبل التزوج أو قبل اصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات قلنا قد عملنا بالنص وجعلناه منهيا للحرمة في صورة الحرمة الغليظة لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو اثبات الحل مطلقا قلنا به وتركتم أنتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا وجه الاستدلال انه سماه محللا وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فان قلت تقدم آنفا أن محمل الحديث الشارط للحل العالم قطعا انه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة والا لتعلقت بالمتزوج تزويج رغبة فلا بد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا اشارط الحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت للحل الجديد شرعا لانه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه قيل لا شك ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل فالمعنى حينئذ لعن الله مثبت الحل إذا شرط الحل فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظ من التركيب المذكور بل كله مضمر ففيه حينئذ دليل على ان الزوج مثبت الحل وتعليق اللعنة به إذا شرطه وبه يندفع ما قدمناه ويظهر ان المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث ان محمله لعنة المحلل إذا شرطه لان المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بينا من انه لا بد من كونه مثبتا له نعم يرد عليه ما قيل انه انما جعل محللا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها وأجيب بأنه يثبته فيها بدلالته لانه لما كان محللا في الغليظة ففي الخفيفة أولى وأيضا بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا لان صورة الحرمة الغليظة محل والمحل لا يدخل في التعليل لانه لو دخل لانسد باب القياس لان محل الاصل غير محل الفرع وأورد عليه ان ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لان الحل ثابت فيه وتحصيل الحاصل محال أجيب انه لم يقبل المحل أصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه بأن يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين وما صلح سببا لاصل الشئ صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللا ومفهومه لا يزيد على انه مثبت لمجرد الحل وهو حاصل في المتنازع فيه وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل باتفاق الحال وهو انه محل ابتدأ فيه الحل لاستيفاء الزوج ماله من الطلقات قبله وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقي الائمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الاسرار ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها وقد يستدل

(وقال محمد) وزفر والشافعي (لا يهدم) ويبقى الزوج مالكا بما بقي من الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران ابن حصين وأبي هريرة فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد بأن الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها لان المغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل ثبوتها وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث (ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل والمحلل له) ووجه الاستدلال ان أهل الحديث أوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني وكان المراد بالمحلل الزوج الثاني

سماه محللا وهو المثبت للحل (واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتى وتزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت عدتى والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها اذا كان فى غالب ظنه أنها صادقة) لانه معاملة أو أمر دينى لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله

على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم أتريدين أن تعودى الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقى عسيلته فغيا عدم العود بالذوق فعنده ينتهى عدمه و يثبت هو والعود هو الرجوع الى الحالة الاولى وهى ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات وليس بشئ لصدق حقيقته قبل الزوج الثانى لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تحلل زوج أتريدين أن تعودى الى فلان صدق حقيقته وان كان العود لا الى ما يملك به ثلاثا فالحاصل ان العود الى عين الحالة الاولى محال فالمراد العود إلى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لانتفاء اشتراط عموم وجه التشبيه (قوله فقالت قد انقضت عدتى وتزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت عدتى) فى النهاية انما ذكر اخبارها هكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثانى دخل بى ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق فى كل حال وعن السرخسى لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس فى حلها بمجرد العقد وفى التتارخانية لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ما تزوجت أو ما دخل بى صدقت اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها واستشكل بان اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغى أن لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو محرما او كان العقد بغير شهود ذكره فى الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتى ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله ان دخل بها انتهى من قائله ثم رأيت فى الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال فى الفتاوى فى باب الباء لو قالت بعدما تزوجها الاول ما تزوجت بآخر وقال الزوج الاول تزوجت بزوج آخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى ولو قال الزوج الثانى النكاح وقع فاسدا لانى جامعت أمها ان صدقته المرأة لا تحل للزوج الاول وان كذبته تحل كذا أجاب القاضى الامام ولو قالت دخل بى الثانى والثانى منكر فالمعتبر قولها وكذا على العكس وفى النهاية ولم يمر بى لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها ان تزوجتها هل تحل للاول قلت يبنى الامر على غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل وعن الفضلى لو قالت تزوجنى فانى تزوجت غيرك فطلقنى وانقضت عدتى فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت الا أن تكون أقرت بدخول الثانى كأنه والله أعلم يحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بى لا على انكار ما اعترفت به ولذا قال الا أن تكون أقرت بدخول الثانى فانه لم يقبل قولها فانها حينئذ تكون مناقضة صريحة وسئل نجم الدين النسفى عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن أنه لم يحنث فأفتيت المرأة بوقوع الثلاث وخافت ان أعلمته بذلك أن ينكر هل لها أن تستحل بعدما يفارقها بسفر وتأمره اذا حضر بتجديد العقد قال نعم ديانة (قوله لانها معاملة) أنث الضمير وان كان مرجعه وهو النكاح مذكرا لتأنيث خبره وفى غير نسخة لانه على الاصل (وقول الواحد فيهما مقبول) كالوكالات والمضاربات والاذن فى التجارات ولذا يقبل قول الاماء والعبيد فى الهدية (قوله وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله) أفاد أن تصديقها اذا

(سماه محللا وهو المثبت للحل) ثم الحل الذى يثبت به اما ان يكون الحل السابق أو حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثانى وبالضرورة يكون غير الاول والاول حل ناقص وكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات الثلاث فان قيل سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضى ان يكون ذلك فى المطلقة ثلاثا لامرين أحدهما ماذكره المصنف ان محله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا فى المطلقة ثلاثا والثانى ان الحل قبل ذلك ثابت فيصرف الى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة فالجواب انا قد ذكرنا لقوله وهو محمله معنيين أحدهما ماذكرت وليس بمرضى والثانى ان محمله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول فان الحل وان كان قبل ذلك ثابت لكن اطلاق المحلل يقتضى ان يكون الزوج الثانى على الاطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبله على ماذكرناه فكانت المطلقة ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثانى (واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتى) على ماذكره فى الكتاب ظاهر

(قوله فالجواب انا قد ذكرنا لقوله وهو محمله الخ) أقول وكان يمكن له ان يجيب بأن شرط الحل وقع متمش فى غير المطلقة ثلاثا فانا نقول يثبت بالزوج الثانى الحل الجديد للزوج الاول فيملكها بثلاث تطليقات (قوله وحينئذ يندفع الامر الاول) أقول فيه بحث

واختلفوا فى أدنى هذه المدة وسنبينها فى باب العدة

وقع فى قلبه صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك (قوله وسنبينها فى العدة) قال فى النهاية وقعت هذه الحوالة غير رائجة لانه لم يذكرها فى العدة ولا فى غيرها وأجاب بعضهم بانه لم يقل فى العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد فى عدة غير هذا الكتاب ومثل هذا مما يقضى العجب من تسطيره فى الاوراق ممن هو من أهل العلم ولا توفيق الا بالله واذا لم يعرف بيانها فى الكتاب تعين تعيينها فى الشرح وذكر نبذة من الخلاف اختلف العلماء فى أقل ما تصدق اذا ادعت انقضاء العدة بالاقراء فقال أبو حنيفة لا تصدق فى أقل من ستين يوما ان كانت حرة وقالا أقلها تسعة وثلاثون يوما وقال شريح لو ادعت ثلاث حيض فى شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة أهلها انها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلى فقد انقضت عدتها قال له على رضى الله عنه قالون ومعناه بالرومية احسنت ومذهب الشافعى رحمه الله انها اثنان وثلاثون ولحظتان ان وقع الطلاق فى الطهر وسبعة وأربعون يوما ولحظة ان وقع فى الحيض وقال أبو ثور سبعة وأربعون وقال مالك فى الجواهر أربعون وقال اسحق بن راهويه وأبو عبيد ان كان لها اقراء معلومة تعرفها بطانة أهلها تصدق على ما تشهد به والا لا تصدق فى أقل من ثلاثة أشهر وقالت الحنابلة تسعة وعشرون يوما ان قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة عشر تزداد أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين وما أحسن قول اسحق وأبى عبيد وهذا لان العادة ان الشهر الواحد لا يشتمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة اذا أخبرت بما دونه والمكذب عادة كالمكذب حقيقة ألا ترى ان الوصى اذا قال أنفقت عليه مائة فى يوم لا يصدق وان احتمل صدقه بان تكرر هلاك المشترى فى اليوم أولا يرى ان الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الاقراء فى الآيسة والصغيرة قدر العدة بثلاثة أشهر فقال تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر بخلاف ما اذا أشهد بما دون العادة فانه حينئذ يثبت ان هذا من النادر وهذا هو المذكور فى وجه قول أبى حنيفة رأيت ان قول اسحق ومن معه أولى به فان لم يؤخذ بهذا ينبغى ان لا يعدل عن قول أبى حنيفة وتخريجه على قول محمد ان يجعل مطلقا فى أول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج الى ثلاثة اطهار بخمسة وأربعين يوما كل طهر بخمسة عشر وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذا بالوسط فيه وعلى قول الحسن بن زياد ان يجعل مطلقا فى آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج الى ثلاث حيض بثلاثين يوما اعتبارا للاكثر وطهرين بثلاثين يوما ثم يحتاج الى مثلها فى حق الزوج الثانى وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى تخريج محمد أقله أربعون يوما الطهر الذى وقع الطلاق فى أوله والمتخلل ثلاثون وحيضتان بعشرة وتخريج قولهما أن يجعل مطلقا فى آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتبارا لاقله ثم يحتاج الى مثلها فى حق الزوج الثانى وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه احد وعشرون يوما حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوما ومثله للثانى وزيادة طهر يعنى اذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد أن يتزوجها لا يجوز حتى يحتسب مع المدتين

وقوله (واختلفوا فى أدنى هذه المدة) قال أبو حنيفة لا تصدق فى أقل من ستين يوما وقال أبو يوسف ومحمد تصدق فى تسعة وثلاثين يوما وتخريج قولهما انه يجعل كأنه طلقها فى آخر جزء من أجزاء الطهر وحيضها أقل الحيض ثلاثة وطهرها أقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلاثة اذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون يوما فلذلك صدقت فى تسعة وثلاثين يوما لانها أمينة أخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها وأما تخريج قول أبى حنيفة فيجعل كأنه طلقها فى أول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق فى الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه بأقله وحيضها خمسة لان من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض أو يمتد الى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة فثلاثة اطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوما فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد وأما على رواية الحسن عنه فيجعل كأنه طلقها فى آخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق فى آخر الطهر أقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها بأقل المدة نظرا لها يقدر حيضها بأكثر المدة نظرا للزوج وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يوما وقوله (وسنبينها فى باب العدة) قال فى النهاية وقعت هذه الحوالة حوالة غير رابحة لانه لم يذكرها فى باب العدة ولا فى غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى أما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة فكان ينبغى أن يقول وعد غير منجز وأما المعنى فلانه لم يقل فى باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزا فى باب العدة من كتاب آخر وأقول الاول ظاهر والثانى خلاف الظاهر والله أعلم

باب الايلاء

طهر آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر لان الزوج الثاني اذا جعل مطلقا في آخره والفرض ان عدة الاول انقضت بأول الطهر لزم ماقلنا ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتسابا بالنفاس خمسة وعشرين ثم طهر بخمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران بستين وهذا لان المرئي في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده وكون ما بعده حيضا موقوف على تقدم طهر تام وهو ماقلنا هذا في حق الزوج الاول ثم يحتاج في الثاني الى ستين على ماسمعت على التخريجين وعند أبي يوسف تصدق في حق الاول في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما عنده لان مدته أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعده هذا بثلاث حيض وثلاثة اطهار ويحتاج في حق الثاني الى ثلاث وثلاثة أيضا وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوما وساعة لانه لا غاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران ويحتاج في حق الزوج الثاني الى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة أطهار هذا في حق الحرة وأما في حق الامة فتخريجه على المذاهب غير خاف والله الموفق

باب الايلاء

تحريم الزوجة بأربعة طرق الطلاق والايلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح في وقته ثم أولاه الايلاء لانه أقرب اليه في الاباحة لانه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق ان تحريمها ليس الا بالطلاق في الحال أو الى انقضاء العدة غير أن ثبوته بأسباب الاصل والاشهر منها الابتداء به تنجيزا أو تعليقا فقدم ثم أولى الايلاء لانه لا يلزمه به المعصية اذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس بخلاف الظهار واللعان فانتم الانفكاك عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لانه أيضا لا يستلزمها لجواز أن تسأله لا للنشوز بل لقصد التخلي للعبادة أو للعجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره وانما قدم الايلاء عليه مع اشتراكهما في عدم استلزام المعصية والانفكاك عنها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والايلاء لغة اليمين والجمع الالايا قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه * وان بدرت منه الالية برت

وفعله آلى يولي ايلاء كتصريف أعطى وفي الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق مايستشقه على القربان وهو أولى من قوله في الكنز الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر لان مجرد الحلف يتحقق في نحو قوله ان وطئتك فلله على ان أصلي ركعتين أو أغزو ولا يكون بذلك موليا لانه ليس مما يشق في نفسه وان تعلق اشقاقه بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل بخلاف ان وطئتك فعلي حج أو صيام أو صدقة فالمولى حينئذ من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم مايشق عليه وهو أولى من قولهم من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصور هذا عن نحو ان قربتك فعبده حر أو فلانة طالق وأما ركنه فهو الحلف المذكور وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر والاول بالزوجية والثاني باهلية الطلاق عنده وعندهما بأهلية الكفارة فيصح ايلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو والله لا أقربك فان قربها

قال في النهاية ذكر في الاسرار في أول كتاب الطلاق منه التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج في وقته ثم أدنى درجة منه في الاباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على مايجيء وكان أدنى منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في أن الابانة فيهما مؤقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لا يستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلاء لما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه أن يكون صادرا من أهل الطلاق عند أبي حنيفة أو من أهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته في مدة أربعة أشهر فصاعدا وركنه أن يقول والله لا أقربك أربعة أشهر ونحوه أو يقول ان قربتك فعبدي حر وأمثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة بائنة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبر فيه شئ ومن هذا قيل المولى هو من لا يخلو عن أحد المكروهين لا تلزمه

(واذا قال الرجل لامرأته والله لأقربك أو قال والله لأقربك أربعة أشهر فهو مول) لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية (فان وطئها فى الاربعة الاشهر حنث فى يمينه ولزمته الكفارة) لان الكفارة موجب الحنث

لا تلزمه كفارة وان مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما أما لو آلى بما هو قربة كان قربتك فعلى حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما لا يلزم قربة كان قربتك فعبدى حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر وألفاظه صريح وكناية فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فلو ادعى انه لم يعن الجماع لم يدين فى القضاء والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لأغيظنك لأسوأنك لا أدخل عليك لا أجمع رأسى ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا يكون ايلاء بلا نية ويدين فى القضاء وقيل الصريح لفظان لا أجامعك لا أنيكك وهذه كنايات تجرى مجرى الصريح والاولى الاول لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا الا بالحقيقة والالوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثانى ماذكر وفى البدائع الافتضاض فى البكر يجرى مجرى الصريح والدنو كناية وكذا لأبيت معك فى فراش ويخالفه ما فى المنتقى لأنام معك ايلاء بلا نية وكذا لأمس فرجى فرجك فى الذخيرة وفى جوامع الفقه ما يخالفه قال لأمس جلدى جلدك لا يصير موليا لانه يمكن أن يلف ذكره بشئ وفى المرغينانى يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة الى النية وهو فرع أن يراد به ذلك ولا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفى التحفة لو قال أنا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب فى الشرع وان عنى به الايجاب فهو مول فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه أوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال أنت على مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لانه شبهها بها فى اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا ولقائل أن يقول الايلاء الحلف الخ وقوله أنت على مثل امرأة فلان أو أنا مول ليس فيه صيغة حلف انشائية ولا تعليقية لان معنى الحلف قوله والله لأقربك ونحوه أو ان قربتك وليس قوله أنت مثلها اياه ولا محققا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولاحقا الا أن هذا جواب الرواية صرح به الحاكم أبو الفضل فى مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال لاخرى أشركتك فى ايلاء هذه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلى يمين أو كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله أنا منك مول معناه أنا منك حالف ومعلوم ان انعقاد اليمين بقوله احلف فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله أنا حالف وكذا التشبيه المذكور يؤل اليه ولو قال لأطئنك فى الدبر أو فيما دون الفرج لم يصر موليا خلافا لمالك رحمه الله ولو قال لأجامعنك الا جماع سوء سئل عن نيته فان قال أردت الوطء فى الدبر صار موليا وان قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على نحو التقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم تكن له نية وان قال أردت دون ذلك فهو مول (قوله ولزمته الكفارة) ليس حكم المولى مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المولى المذكور فى قوله اذا قال الرجل والله الخ لماستعرف أن المولى قد لا يكون حكمه الكفارة بذلك التقدير وقال الشافعى رحمه الله فى القديم لا كفارة فى خصوص هذا الحنث لانه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفئ والمراد الجماع لانه فى الاصل الرجوع وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وقوله الجديد كقولنا لان وعد المغفرة بسبب الفيئة التى هى مثل التوبة لا ينافى الزام الكفارة بل ثبت فى الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوى والاخروى أعنى المغفرة وسقوط

(واذا قال الرجل لامرأته والله لأقربك أو قال والله لأقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فان وطئها فى الاربعة الاشهر حنث فى يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث) وقال الشافعى لا تلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة والمغفور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة فى الآخرة وذلك لا ينافى وجوب الكفارة فى الدنيا

(قوله واذا قال الرجل لامرأته) أقول أى الغير الحائضة (قوله أو قال والله الخ) أقول يعنى لامرأته سواء كانت حائضة او طاهرة (قوله وقال الشافعى) أقول فى القديم

(وسقط الايلاء) لان اليمين ترتفع بالحنث (وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح

الكفارة وثبوت أحدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية اذا حنث الحالف فيها توبة فان التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها اعمالا لاطلاق قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الصحيح من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير وهو قول الاربعة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه قال قتادة خالف الحسن الناس (قوله وسقط الايلاء) باجماع العلماء على معنى انه لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق آخر لان اليمين تنحل بالحنث (قوله وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي) لم يقل الشافعي تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه أو الحاكم وبه قال مالك وأحمد ورجح بأن الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة الا الثابت بالنص والجواب منع كلية الكبرى وتقدم وجه دفعه في الكنايات غير انه يستدعي سببا والسبب هنا انه وقع للتخلص من الظلم والرجعي لا يفيد ذلك لانه بسبيل من أن يردها الى عصمته وبعيد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع ورود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهاضها باثباته ثم الخلاف في موضعين أحدهما ان الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيها يوقف الى أن يفيء أو يطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وعندنا الفيء في المدة لا غير والجواب ان الفاء لتعقيب المعنى في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو وتدخل الجمل لتفصيل مجمل قبلها وغيره فان كانت للاول نحو فقد سألوا موسى أكبر من ذلك فقالوا أرنا الله جهرة ونادى نوح ربه فقال رب ان ابني من أهلي ونحو توضأ فغسل وجهه ويديه ورجليه ومسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب بل التعقيب الذكري بأن ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغيره فكالاول كجاء زيد فقام عمرو وكل من التعقيبين جائز الارادة في الآية المعنوي بالنسبة الى الايلاء فان فاؤا أي بعد الايلاء والذكري فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم أن يتربصن أربعة أشهر من غير بينونة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى فان فاؤا الى قوله سميع عليم واقع بهذا المعرض فيصح كون المراد فان فاؤا أي رجعوا عما استمروا عليه بالوطء في المدة تعقيبا على الايلاء التعقيب الذكري أو بعدها تعقيبا على التربص فان الله غفور لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي توبة أو غفور للحنث في اليمين ان كان برضاها الغرض تحصين ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه فنظرنا فاذا قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن ترجح أحد الجائزين وهو كون الفيء في المدة اما باعتبار ان الاصل توافق القراءتين شاذتين كانتا أو احداهما شاذة فتنزل تفسيرا المراد بالاخرى واما باعتبار انها تستقل باثبات كونه في المدة اذ لا تعارض القراءة المشهورة لانها أعم من كونها فيها أو بعدها بناء على انها حجة عندنا وان أبى الخصم ورد المختلف الى المختلف يتم اذا أثبت الاصل ولا شك ان القراءة الشاذة انما يقرؤها الراوي خبرا عن صاحب الوحي قرآنا فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية أخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم فدار الامر بين كونها قرآنا أو خبرا عن صاحب الوحي وذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المفاد بها جواز الفيء في المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام في ان له ان يفيء بعدها وتنحل يمينه اذا لم يفئ فيها أولا بل بمجرد مضيها وقع الطلاق فلا يتمكن من الفيء أثبتناه والقراءة المذكورة لا تنفيه قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الايلاء على هذه القراءة ان يفيء في المدة أو يثبت الطلاق بتطليقه أو تطليق القاضي على الخلاف هذا هو المفاد بقوله

(وسقط الايلاء) على معنى انه لو مضت أربعة أشهر لا يقع الطلاق (لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) لان معنى الايلاء عندنا ان مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضي المدة ولكنه يوقف بعد المدة على ان يفيء اليها أو يفارقها فان أبى أن يفعل (تبين بتفريق القاضي) بينهما وكان التفريق تطليقة بائنة (لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح

تعالى

(كما فى الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها) وهو الوطء فى المدة (فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة) تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعى فوقع بائنا (وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت) وهم عند الفقهاء عبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر وعند المحدثين هم أربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبدالله بن مسعود واعترض بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة وأما اذا وطئها

كما فى الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا فى الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة

تعالى فان فاؤا فيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على ما عرف من التأويل لان الترديد مأخوذ فى كل قسم منه نقيض الآخر أى وان عزموا الطلاق فلم يفيؤا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة أن لا فىء الا فى المدة الثانى ان بمضى المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لا يكون الا بطلاقه أو بطلاق القاضى لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضى المدة لم يتصور العزم عليه ولان النص يشير الى انه مسموع وهو قوله فان الله سميع عليم والوجه الذى ذكره المصنف وحاصله الحاق المولى بالعنين فى حكم هو الزامه بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه بجامع أنه امتنع عن الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان والا كان موقعا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتصور العزم عليه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم فمعنى فان عزموا الطلاق فان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضى المدة فان الله سميع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان عليم بما استمر واعليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك واندرج فى هذا جواب الثانى وعن الاخير بأن العنين ليس بظالم فناسبه التخفيف عليه ولذا كان أجله أكثر والمولى ظالم بمنع حقها فجازى بوقوعه بنفس الانقضاء ولا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالايلاء موقع فقد كان فى الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع مؤجلا أو نقول جاز ان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق انما هى رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ولفظ أنت طالق الآلة التى يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ ألا ترى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا بعد أن يحكم به عند ظلمه بمنعه حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون ظالما بذلك وهو بوطئه واحدة لا يطلق عليه القاضى ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم لانا نقول ذلك فى الحكم فاما فى الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يجامعها أحيانا ليعفها فان أبى كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك لكن بقى أن يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه لكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا فان الآية وان صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذى قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود لما أفادت ان لا فىء بعد المدة لزم انتفاء قولكم من الزامكم بأحد الامرين من الفىء أو الطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والا لزم احداث قول ثالث وهو الزامه بعد المدة بأمر واحد وهو الطلاق وهذا التقرير هو محمل استدلال المصنف حيث قال ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة والا فظاهره انه مصادرة لانه استدلال بعين محل النزاع كأنه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان القراءة مفسرة بكون الفىء فى المدة بقراءة أخرى الى آخر

فقد سقط حقها وأجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة فى القضاء وأما فى الديانة فلم يسقط وكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق بمنعه حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم أن لا يحكم القاضى بوقوعه لانه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك (ولان الايلاء كان طلاقا فى الجاهلية) على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلاء أبدا (فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة) فلم يتصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقه أو تفريق القاضى

(قوله وأجيب بان حقها سقط بالجماع الخ) أقول والظاهر ان لها حقا فى الجماع فى كل أربعة أشهر مرة لا أقل يؤيده قصة عمر رضى الله عنه حين سمع من تلك المرأة ما سمع فسأل حفصة رضى الله عنها كم تصبر المرأة عن زوجها الخ على ما فصل فى الغاية (قوله وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضى بوقوعه) أقول كيف لا يحكم وقد

وقع الطلاق بلفظه السابق حين آل الى المنع حقها ديانة فان الطلاق لا يختص بالديانة غايته انه يترتب على ما يتعلق لها نعم يرد على الشافعى لان المفرق عنده هو القاضى فليتأمل والتفصيل فى شرح الزيلعى وغيره ويفهم ذلك من قول الشارح أيضا لان معنى الايلاء عندنا الخ تأمل (قوله فلم يتصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقه أو تفريق القاضى) أقول وفيه تأمل

ماذكرنا واحتج أيضا بآثار وهي ماروى الدارقطني قال حدثنا أبو بكر الميموني قال ذكرت لاحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ماسنذكره مما يوافق مذهبنا قال لاأدرى ماهو قدروى عن عثمان خلافه قيل له من رواه قال حبيب بن أبي ثابت عن طاوس عن عثمان وما روى مالك في الموطا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق فان مضت الاربعة الاشهر توقف حتى يطلق أو يفيء وما روى البخاري عن ابن عمر بسنده انه كان يقول في الايلاء الذي سمى الله تعالى لا تحل بعد ذلك الاجل الاأن يمسك بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى وقال أي البخاري قال لي اسمعيل بن أبي أويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال اذا مضت أربعة أشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال أدركت بضعة عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول بوقف المولى وقال بعضهم روى سهيل بن أبي صالح عن أبيه قال سألت اثنى عشر رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر قلنا الآثار الاربعة الأول معارضة أما الاول فبما روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ان عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهذا أولى لان سنده جيد موصول بخلاف ذلك فان حال رجاله لايعرف الى حبيب وهو أيضا أعضله ولا يعلم ان طاوسا أخذ عن عثمان فهو منقطع وأما الثاني فبما أخرج عبد الرزاق أنبأنا معمر عن قتادة أن عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وكل منهما مرسل فان رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم مرسلة وكذا قتادة وهما متعاصران وتوفي قتادة سنة سبع عشرة أو ثمان عشرة ومائة على اختلاف الاقوال وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول وقال غير واحد سنة ثماني عشرة وقيل سنة أربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل ست عشرة فاعتدلا في هذا القدر ثم المثبت من اشتهار قتادة بعظم الحفظ والاتقان والمحافظة على الاداء كما سمع بعينه أكثر وأشهر من المثبت لمحمد قال عبد الرزاق عن معمر جاء رجل الى ابن سيرين فقال رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت عنها أعظم مما دخلت ورأيت حمامة أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت منها أصغر مما دخلت ورأيت أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين أما التي خرجت أعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه وأما التي خرجت أصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه و يسأل وأما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس انتهى وفي تراجمه العجائب من حفظه وأما الثالث والرابع فبما أخرجه ابن أبي شيبة قال حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس وابن عمر انهما قالا اذا آلى فلم يفيء حتى مضت أربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم اخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضا ولم يبق الاقول من قال بان أصح الحديث ماروى في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما الى آخر ما عرف وقدمنا في كتاب الصلاة انه تحكم محض لانه اذا كان الغرض ان المروى على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يفته الا كونه لم يكتب في خصوص أوراق معينة ولا أثر لذلك وقول البخاري أصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره غيره وقال المحققون ان ذلك يتعذر الحكم به وانما يمكن بالنسبة الى صحابي و بلد فيقال اصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه وعن أبي هريرة الزهري عن سعيد ابن المسيب عنه وأصح أسانيد الشاميين الاوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة وأصح أسانيد

(فان كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين) لانها كانت موقتة به (وان كان حلف على الابد فاليمين باقية) لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة (فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضى أربعة أشهر تطليقة أخرى) لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم

اليمانيين معمر عن همام عن أبى هريرة ونحو ذلك وأحسن من هذا أيضا الوقوف على اقتحام هذه فان فى خصوص الوارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك نعم قد يكون الراوى المعين أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له منه على معنى أكثر احاطة بأفراد متونه واعلم بعادته فى تحديثه وعند تدليسه ان كان وبقصده عند ابهامه وارساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة أما فى فرد معين فرض ان غيره ممن هو مثله فى ملكة النفس من الضبط أو ارفع سمعه منه فأتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر محفوظاته يكون ذلك مقدما عليه فى رواته بمعارضه ما هو الا محض تحكم فان بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر الا بالملازمة وأثرها الذى يزيد به على الآخر انما هو بالنسبة الى مجموع متونه لا بالنسبة الى خصوص متن وحينئذ فناهيك بسعيد بن جبير وقد روى عن ابن عمر وابن عباس خلافه وأما رواية الشافعى عن سليمان فحاصلها ان قول جماعة من الصحابة كذلك وكذا ما ذكر عن سهيل ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم فى علو الحال والفقه كما أسمعناك عمن ذكروا وكون من ذهب الى خلاف المروى عنهم أفقه وأعلى منصبا ونحن قد أخرجنا ما قلناه عن الاكابر مثل عثمان وعلى بناء على ترجيح ما عارضنا به وكذا عن زيد بن ثابت وهو من أكابرهم ممن أخذ ابن عباس رضى الله عنهم بركابه حين ركب وقال هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا وكذا عن ابن عباس فيما قدمنا وكذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أخرج الدارقطنى عن ابن اسحق حدثنى محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبى بكر بن عبد الرحمن ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يقول اذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة وهو أملك بردها ما دامت فى عدتها وابن اسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبى قلابة قال آلى النعمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال اذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة وأخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبى بكر بن عبد الرحمن ومكحول وأخرج الدارقطنى نحوه عن ابن الحنفية والشعبى والنخعى ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبى سلمة وهذا ترجيح عام وهو ان كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضى يترجح على قول مخالفه لانه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع لانه خلاف ظاهر لفظ الآية فلولا انه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر فى قولهم مثل ذلك لانهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع واندرج فى هذا من روى عنهم الشافعى من الصحابة وسهيل على انه ليس فى اللفظ المروى لسهيل حجة لاحد الفريقين أصلا (قوله وان كان حلف على الابد) هو ان يصرح بلفظ الابد أو يطلق فيقول لا أقربك مقتصرا الا أن تكون حائضا فليس بمول أصلا لانه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع الى اليمين وكذا لا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل فى سم الخياط يكون موليا (قوله الا انه لا يتكرر) استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر فانه يتبادر منه أن يقع أخرى عند مضى أربعة أشهر أخرى اذا كانت لم تنقض عدتها بعد وبه قال أبو سهل الشرغى وعليه مشى المرغينانى وصاحب المحيط لان حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فانت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا اذا صرح بلزومه والمختار قول الكرخى انه لا يقع الا اذا تزوجها وعليه مشى فى البدائع وتحفة الفقهاء وشرح الاسبيجابى

وقوله (فان كان حلف) يعنى اذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها فلا يخلو اما ان كان حلف على أربعة أشهر أو على الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان الثانى فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها فى الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه أبو سهل الشرغى يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعنى اذا مضت مدة الايلاء قبل انقضاء عدتها لان الايلاء فى حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر فكأنه قال كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فانت طالق بائن ألا ترى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر بانت فدل انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما ذكر فى الكتاب (فان عاد فتزوجها) بعد البينونة بمضى أربعة أشهر بعد انقضاء عدتها (عاد الايلاء فان وطئها) فى المدة (والا وقعت تطليقة أخرى بمضى أربعة أشهر أخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها فيتحقق الظلم) فيزال بالطلاق البائن

وقوله (ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج) قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكره التمرتاشي (فان تزوجها ثانيا) وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه أما

ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج (فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى ان لم يقربها) لما بيناه (فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق) لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل (واليمين باقية) لاطلاقها وعدم الحنث (فان وطئها كفر عن يمينه) لوجود الحنث (فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا)

والجامع لان وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق في الاول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد ايلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضي الاشهر جزاء لظلمه وليس للمبانة حق الوطء فلا ينعقد الايلاء ثانيا ابتداء في حقها فلا يلزم حكم البر فيه بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها تنجيزا ثم مضت مدة الايلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الايلاء لصدوره في حال يتحقق به ظلمه فيكون اذا صح بمنزلة تعليق البائن والبائن المعلق يلحق البائن المنجز في العدة على ما أسلفناه في ذيل الكنايات وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبي سهل انه كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق وذلك لان قوله والله لا أقربك أربعة أشهر انما صار بمنزلة قوله اذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق اذا انعقد إيلاء شرعيا مستعقبا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر وانعقاده إيلاء انما يكون حال كونه ظالما لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن ظالما كان الثابت مجرد اليمين على ترك قربانها وهو أعم من الايلاء فلا يستلزمه فيبقى يمينا دون ايلاء فلا يصير كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق فيوفر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء كما لو قال لاجنبية والله لا أقربك أبدا ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت أربعة أشهر لا تطلق ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ولذا قلنا اذا تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرر النكاح في الايلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء (قوله ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج) أطلق في ذلك وكذا في الكافي وقيده في النهاية والغاية تبعا للتمرتاشي والمرغيناني بما اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فأما ان كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق ومثله لو آلى من زوجته مؤبدا ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الايلاء فان مضت له أربعة أشهر وهي في العدة وقعت عليها طلقة وان مضت بعد انقضائها لا يقع شئ فان تزوجها بعد الانقضاء عاد الايلاء ويعتبر ابتداؤه من وقت التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله فلو تزوجها في العدة احتسب به قال في شرح الكنز وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه انتهى فالاولى اعتبار الاطلاق كما في الهداية (قوله لتقيده بطلاق هذا الملك) لان الغرض منه المنع وذا إنما يحصل ببطلان حل يخاف بطلانه ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديدا بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم على وزان ما قدمنا في مسئلة التنجيز وهو ما اذا علق طلاقها بالدخول مثلا ثم نجز الثلاث فتزوجت بغيره ثم أعادها فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فهذه فرع تلك وفيها خلاف زفر كتلك وكذا لو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء حتى لو مضت أربعة أشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر في الايلاء المؤبد لا يعود الايلاء خلافا له ولو بانت بالايلاء مرة أو مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت اليه عادت بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة الهدم وقد مرت (قوله فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) وقال به الائمة

الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء وأما الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء والاول أظهر (عاد الايلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى ان لم يقربها لما بينا) ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق (فان وطئها كفر عن يمينه) أما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق (وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية) فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر (وقد مر من قبل) أي في باب الايمان في الطلاق قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شئ منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها وكذا لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليا الا عند زفر وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لاطلاقها ووجود الحنث قال (فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا)

(قوله بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق الخ) أقول قوله لان الايلاء تعليل لقوله بطل الخ

لقول ابن عباس لا ايلاء فيما دون أربعة أشهر ولان الامتناع عن قربانها فى أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه (ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول) لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

الائمة الاربعة وأكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعية وقتادة وحماد وابن أبى ليلى واسحق يصير موليا فى قليل المدة وكثيرها فان تركها أربعة أشهر بانت بطلقة لاطلاق الآية فى ذلك فانه لم يقيد الايلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعدا بل خص بالاربعة مدة التربص وأطلق الحلف وكان أبو حنيفة أولا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس لما صح عنده فتواه بخلافه أخرج ابن أبى شيبة حدثنا على ابن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما قال اذا آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثة مالم يبلغ الحد فليس بايلاء وأخرج البيهقى عنه قال كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك فوقت الله عز وجل أربعة أشهر فان كان أقل من أربعة أشهر فليس بايلاء وأخرج ابن أبى شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبى ولاشك ان ظاهر الآية كقول من قال بانه إيلاء والمعول عليه فى دفعه قول الصحابى وكبار التابعين ممن ذكرنا فإن قول الصحابى فى مثله ظاهر فى السماع لكن يبقى فيه انه زيادة على النص اذ هو تقييد لاطلاق الحلف فى كونه إيلاء فلا يجوز الا أن يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذى ذكر وهو ان المولى من لا يقدر على القربان فى المدة الا بشئ يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر والا فنحن لا نقول به اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فاثبات كون الاقل أربعة أشهر به مصادرة (قوله لان الامتناع عن قربانها فى أكثر المدة بلا مانع الخ) قيل هو بناء على انه أراد بالاقل من أربعة أشهر شهرا فان وضع المسئلة فى الاصل اذا حلف لا يقربها شهرا والا فالاقل من الاربعة لا يستلزم كون الامتناع الا فى بعض المدة مطلقا لا فى أكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر وقيل لفظ أكثر مقحم وبعد ذلك التقريب ظاهر وقيل أراد بالاكثر تمام المدة أربعة أشهر سماها أكثر لانها أكثر من المدة المحلوف عليها ولا اشكال حينئذ لان المانع غير موجود فى جميعها فى جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه فى الكافى قال وانما يصح انلو قال فى أكثر المدتين انتهى ووجهه ان أفعل التفضيل يلزم فى اضافته الى الشئ كونه بعض ما أضيف اليه ولذا امتنع يوسف أحسن أخوته وخواص البشر أفضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التى هى المراد بالاكثر بعض المدة المضاف اليها لاستحالة كون الاربعة بعض ما هو أقل منها فلزم فى صحته أن يقول أكثر المدتين يعنى المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء وهى أربعة أشهر مدتان والثانية أكثرها ولا اشكال فى انه لو قال فى بعض المدة كان أحسن وأسلم (قوله وشهرين بعد هذين الشهرين) إلى آخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا فى

مثل أن يقول والله لا أقربك شهرا وهو وضع المبسوط أو قال لا أقربك شهرين أو ثلاثة أشهر لم يكن موليا وقال ابن أبى ليلى هو مول ان تركـ وطأها أربعة أشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول أبو حنيفة أولا فلما بلغه فتوى ابن عباس لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر أطلق الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضى ان من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تربص أربعة أشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله فالجواب ان فتوى (١٨٩) ابن عباس وقع فى المقدرات والرأى لا مدخل له فى المقدرات الشرعية فكان مسموعا ولم يرد عن أحد خلافه فيجعل تفسيرا للنص لا تقييدا وتقريره والله أعلم للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر تربص أربعة أشهر تركـ الاول بدلالة الثانى فكان من باب الاكتفاء وقوله (ولان الامتناع عن قربانها) دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا فى مطلع هذا البحث وتقريره أن الامتناع عن قربانها أى عن قربان من آلى منها زوجها شهرا فى أكثر المدة وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وبمثله أى بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضى أربعة أشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين فانه بمضى أربعة أشهر لا يقع شئ والضمير فى فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله وبمثله ويجوز أن يكون راجعا الى أكثر المدة ولو قال المصنف ولان الامتناع عن قربانها فى بعض المدة بدل فى أكثر المدة كان أشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره (ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع) وهو الواو (فصار كجمعه بلفظ الجمع) كأنه قال والله لا أقربك أربعة أشهر فتكون يمينا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفى على حدة فلو قربها فى المدة لزمه كفارة واحدة (ولو مكث يوما أو ساعة ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

(قوله فكان مسموعا) أقول أى محمولا على السماع (قوله وبمثله اى بمثل هذا الحلف) أقول والاظهر ارجاع الضمير الى الامتناع

لم يكن موليا لان الثانى ايجاب مبتدأ) والاصل فى ذلك انه اذا لم يعد اسم الله تعالى فى المعطوف ولا حرف النفى ولم يمكث بينهما ساعة دخل حكم المعطوف فى حكم المعطوف عليه كما فى المسئلة الاولى وأما اذا فات أحد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدأ وعلى هذا فى المسئلة الثانية لا يكون موليا لفوات الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعادة اسم الله وحرف النفى فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية مضافا الى الاول بقوله بعد الشهرين الاولين أربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لأقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف النفى صار ايجابا آخر وصارا أجلين وتداخلا كما لو قال والله لا أكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين تنقضى بيومين لانه اعاد كلمة النفى فصار الثانى منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لان الوقت الواحد يصلح وقتا لايمان كثيرة فان من قال والله لا أكلم فلانا شهرا ولا أدخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى شهر واحد تنتهى الايمان كلها فكذلك ههنا اذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحد من اليمينين فيمكنه قربان امرأته فى مدة الايلاء بغير شئ يلزمه فلا يصير موليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لما لم يفرد مدة الثانية بنى على حدة كان الكل مدة واحدة فكان موليا

لم يكن موليا) لان الثانى ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع

حكم المسئلة الاولى بل قيد فى الثانية فقط ولفظ يوما فى الثانية ليس قيدا لا فرق بين مكثه يوما أو ساعة وقيل تكرر اليمين فى مجلس أو مجالس وبينهما أقل من يوم تجيز عند أبى حنيفة وأبى يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان أثبات المذهب نصوا على أن قوله والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكى فى قوله والله والله لا أفعل فذكروا ان ظاهر الرواية أنهما يمينان وفى نوادر ابن سماعة يمين واحدة وفى المنتقى جعل كونهما يمينين قياسا وكونهما يمينا واحدة استحسانا وفرع فى الدراية فى آخر الباب من غير ان يعزوه والله لا أقربك مرارا فى مجلس واحد تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضا قياسا وهو قول محمد وزفر وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال فى الثانية بعد يوم والله لا أقربك شهرين ولم يزد على ذلك لا يكون موليا أيضا لكن لا لما فى الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد أو ساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين فالحاصل من حلفيه الحلف على شهرين ويوم أو ساعة على حسب الفاصل والاصل فى جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا فى البر وكفارة فى الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء ويمينا كما قدمنا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر ويتحد الحنث وقلبه وتعدد البر بتعدد المدة لانه يتعدد الايلاء وهو يتعدد الطلاق وهو يتعدد مدة المنع ومالم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتعدد اليمين بتعدد اسم الله أو تكرار حرف لا داخلة على المدة ومن زاد السكوت لم يحتج اليه لان الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده فى التجريد عن أبى حنيفة رحمه الله اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثانى الاول لم يستقم فى اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم مثال تعددهما اذا جاء غد فوالله لا أقربك اذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك اما أنهما يمينان فلتعدد الذكر واما انهما ايلا آن فلتعدد المدة فان تركها أربعة أشهر من اليوم الاول برفى الاولى وبانت فاذا مضى يوم آخر بر فى الثانية وطلقت أيضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان أطلق لزومهما فى الكافى ولو قربها فى الغد لزمته كفارة واحدة لان الغد لم ينعقد عليه الا يمين واحدة وتعدد الكفارة بتعدد اليمين ونظيره فى النوازل قال والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان وان كلمه بعد الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شئ عليه ومن تعددهما والله لا أقربك أربعة أشهر والله لا أقربك أربعة أشهر أخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر أخرى بعد هذه الاربعة الاشهر الا انه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور فى قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية فى عدم تداخل المدتين أعنى قوله والله لا أقربك شهرين ثم بعد يوم قال والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان

فلو

(قوله أربعة أشهر الا يوما) أقول فيه بحث (قوله يلزمه بالقربان كفارتان) أقول فيه نظر اذ لا يعقل وجه لزوم الكفارتين فان لكل من اليمين مدة على حدة لا تداخل بين مدتيهما حتى يلزم الكفارتان الا أن يراد بالقربان قربانان فى مدتى اليمين فليتأمل فانه مع بعده لا يساعده كلام ما فى الشروح (قوله فى مدة الايلاء) أقول أى اللغوى

(ولو قال والله لا أقربك سنة الا يوما لم يكن موليا) خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة أشهر الا بشئ يلزمه

فلو قربها فى الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا فى الشهرين الآخرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد تواردت شروح الهداية من النهاية وغاية البيان على الخطا عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها فى الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا فى الاربعة الثانية ولو كان أطلق فقال والله لا أقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا أقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل فى المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين باخرى إذا كانت فى العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف بخلاف ما مضى فى الكتاب فى تأبيد اليمين فان الايلاآت هناك تنزل متعاقبة بواسطة تأبيد اليمين الواحدة فجاء الخلاف فى انه هل ينعقد الايلاء الثانى فى العدة أولا ومن منعه قال لا يبتدأ الايلاء الا فى حال يكون بالمنع ظالما أما هنا فالايلا آت الثلاثة صرح بها فى حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة الا إذا تزوجها فيقع بحكم تأبيد اليمين إذا مضت أربعة أشهر من وقت التزوج ومثال اتحادهما والله لا أقربك أربعة أشهر أولا أقربك شهرين وشهرين وفى الكافى فى نظيره كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا أقربك فكلمتهما معا وليس للتقييد بذلك فائدة فان بتكليمهما معا لم تنحل اليمين بل لو كلمت أحدهما بعدهما ثبت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعدد البر فان علة التعدد فيما بعد هذه بعينها فى هذه ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها فى يوم ثم فى يوم آخر ثم فى يوم آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها أربعة أشهر من اليوم الاول بانت بتطليقة فاذا مضى يوم آخر بانت بأخرى واذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة وفى هذا المثال نظر لان الحلف بالله وقع جزاء لشرط متكرر فيلزم تكرره ولا يشكل بأنه لا حلف عند الشرط الثانى والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والا لزم ان لا حلف عند الشرط الاول أيضا ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه والله كلما دخلت لا أقربك بكلما دخلت فوالله لا أقربك وكذا لو قال كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ان قربتك يتعدد برا وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بعضها واحدة بائنة ولا يتصور حنثه الا مرة واحدة لتعذر وقوع شئ آخر بعد الثلاث ونحوه كلما دخلت فعبدى حر ان قربتك سواء ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين إذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال فى المجلس إذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو ايلاء واحد فى حكم البر حتى لو مضت أربعة أشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر من غير ان يزيد لفظ أخرى أو نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها فى الخلافيات لو قال والله لا أقربك والله لا أقربك والله لا أقربك فى ثلاثة مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان فى مجلس واحد فان أراد به التكرار فاليمين واحد والايلاء واحد وان لم ينو شيأ أو أراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى اذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفى الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد فلا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلاث كفارات لان الشرط الواحد يكفى لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الايلاء (قوله لم يكن موليا) أى فى الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقى بعد يوم القربان أربعة أشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان أربعة أشهر وقعت تطليقة (قوله اعتبارا بالاجارة) وهو ما اذا قال أجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا

(ولو قال والله لا أقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يقول يصرف الاستثناء الى آخرها كما لو قال آجرت دارى هذه سنة الا يوما فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر الا بشئ يلزمه) وهذا ليس يصادق على ما نحن فيه

لانه يمكنه القربان اذا المستثنى يوم منكر) فما من يوم يمر عليه بعد يمينه الا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه الى آخر السنة لانه معين فكان تغييرا لكلامه من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى آخر السنة لتصحيحه أى لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة) ولا يشكل عن له اربع نسوة وقال والله لا يقربهن فانه يصير موليا منهن ان لم يقربهن جميعا أربعة أشهر بن عندنا خلافا لزفر مع ان له أن يطأ كل واحدة منهن الى أن يأتى على الثلاث من غير شيء يلزمه لما أن الحنث لا يتعلق

باجزاء المحلوف قبل أن يأتى بالكل كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الاربع له ان يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على أربع نسوة بنفى القربان موليا في الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الايلاء لانه انما صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الاخيرة فقط بل بقربانهن جميعا وأما وقوع الطلاق في الايلاء فباعتبار البر وذلك انما يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا بمضى المدة كذا في النهاية

وههنا يمكنه لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا) لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا) لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة

قال في الصورة المذكورة سنة الانقصان يوم يكون موليا صرفا له الى الآخر وعما اذا أجل الدين (قوله وههنا يمكنه) لان المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه أن يطأها قبل مضى أربعة أشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا ليوم الوطء اليوم المستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا تتعين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الآخر وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذى يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا أكلم زيدا سنة الا يوما فانه ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه في الحال منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء أيضا يكون من المغايظة (قوله صار موليا لسقوط الاستثناء) مع ان الباقي من السنة الثانية مدة الايلاء ولو أطلق بان قال لا أقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما أقربك فيه لا يكون موليا أبدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعا أبدا وكذا لو أطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت أربعة أشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت أربعة أخرى لم يقربها فيها وقعت أخرى فاذا تزوجها فمضت أربعة أخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة أقل من أربعة أشهر (قوله ولو قال وهو بالبصرة) اذا حلف لا يقربها في مكان معين هى فيه أو زمان معين وهو في غيره ما ان كان بينهما ماقدر أربعة أشهر كان موليا على ما فرع قاضيخان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة أربعة أشهر ففيؤه باللسان ولم يعتبر امكان خروج كل منهما الى الآخر فيلتقيان في أقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر أن يكون بينهما ثمانية أشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وبينهما أقل من ثمانية أشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في أقل من أربعة أشهر فيقربها وان كان بينهما أقل من ذلك لم يكن موليا عند الائمة الاربعة الا في رواية عن أحمد وهو قول ابن أبي ليلى فانه يكون

قال المصنف (ولا كذلك اليمين) أقول قال ابن الهمام فيه ان قوله والله لا أكلم زيدا سنة الا يوما يعين مع أنه ينصرف الى اليوم الآخر وجواب صاحب النهاية بان المعين الحال وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء أيضا يكون عن المغايظة انتهى وقال تاج الشريعة ونحن نقول في الفرق بين اليمينين ان الاستثناء لو انصرف الى آخر السنة يلزمه أحد المكروهين لانه اما أن يقربها فيلزمه الكفارة أو لا يقربها فيلزمه مكروه الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر ولا كذلك اليمين انتهى ولعل مراده انه لما تعارض جهتا المغايظة ولزوم أحد المكروهين فمقتضى الاولى صرف اليوم الى آخر السنة ومقتضى الاخرى خلافه فتساقطا وعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير فليتأمل (قوله لانه انما صار موليا مع امكان القربان الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل بمن له اربع نسوة الخ

(قال ولو حلف بحج أو بصوم أو بصدقة أوعتق أوطلاق فهومول) لتحقق المنع باليمين وهوذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف أبي يوسف فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شئ

يكون موليا فان تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة وينبغي أن يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على أقل من أربعة أشهر كما قال ابن أبي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لاأقربك الا في المحرم وهو في شوال أوحتى تفطمي ولدك والى مدة الفطام أقل من أربعة أشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ماتقدم هناك من أن المولى من لايمكنه القربان في الاربعة الاشهر الابشئ يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هناك ان هذا فرع كون أقل مدة ينعقد الايلاء بالحلف عليها أربعة أشهر وبالضرورة انهم لايلتزمون ذلك الاأن يجعل هذا أصلا ممهدا في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من أربعة أشهر بدليله من أقوال الصحابة فتعلل به الاحكام المذهبية لاعند قصد الاثبات على المخالف ثم أورد على هذا الاصل لوقال والله لاأقربكن لاربع نسوة فانه مول فاذا تركهن في المدة طلقن ولوقرب ثلاثا منهن لايلزمه شئ فثبت ان امكان القربان بغير شئ لايمنع صحة الايلاء أجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون موليا منهن وعدم لزوم شئ لعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بأدنى تأمل (قوله ولوحلف بحج الخ) بان يقول ان قربتك فعلي حج أوعمرة أوصدقة أوصيام أوهدى أواعتكاف أويمين أوكفارة يمين أوفأنت طالق أوهذه لزوجة أخرى أوفعبدي حر أوفعلي عتق لعبد مبهم فهومول أما لوقال فعلي صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى أن يمضي ذلك ثم يطؤها بلاشئ يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولوقال فعلي اتباع جنازة أوسجدة تلاوة أوقراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس أو تسبيحة فليس بمول ونقل في الصلاة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانها مما يلزم بالنذر وتقدم أول الباب مايجاب به عنه ويجب صحة الايلاء فيما لوقال فعلي مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة الغزو المذكورة أول الباب فان قلت ينبغي في الصلاة في بيت المقدس أن يكون موليا اتفاقا لمافيه من مشقة السفر كالحج قلنا نعم لولزم من نذر الصلاة في بيت المقدس أن لايسقط الا بالصلاة فيه لكن المذهب ان له أن يصليها في غيره ويسقط النذر به على ماعرف ولوقال فعلي أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم أومالي هبة في المساكين لايصح الاأن ينوى التصدق به ولوقال فكل مملوك أشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف وهو رواية عنهما وكذا لوقال فكل امرأة أتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف ولوقال كل امرأة أتزوجها من أهل الاسلام يصير موليا وعلى هذا لوقال لاأقربك حتى أعتق عبدي أوحتى أطلق فلانة أوحتى أطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لانه يمكنه القربان بلاشئ بان لايشتري عبدا ولايتزوج وبتقديم الغاية قلنا لم يمكنه الابضرر لازم اذ اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به واعلم ان الاصل انه متى جعل ليمينه غاية لاتوجد في المدة كقوله والله لاأقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أوحتى يخرج يأجوج ومأجوج أو ينزل عيسى عليه الصلاة والسلام أوحتى يخرج الدجال أو الدابة فهومول استحسانا بناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية لاتتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى أموت أوتموتي أو أقتلك أوتقتليني أوأبينك وان كانت توجد في المدة لكنها تصلح جزاء نحو حتى أعتق عبدي أوأطلق فلانة كان موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه (قوله وفيه خلاف أبي يوسف) أى في ثبوت الايلاء بالحلف بعتق عبده المعين فان ضمير فيه لعتق عبده وهوالمعين لا المبهم فان تعليله لايتم فيه

قال (ولوحلف بحج أوبصوم) لما فرغ من بيان اليمين بالله في الايلاء شرع في بيان اليمين بغيرالله بذكر الشرط والجزاء بان يعلق قربانها بحج أوصوم أوصدقة او طلاق أوعتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح

وقوله (البيع موهوم) يعنى لان الاصل عدم ما يحدث (فلا يمنع المانعية فيه) أى فى الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شئ فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شئ وقوله (وان آلى من المطلقة الرجعية) ظاهر واعترض بأن الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها فى الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق فى الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغى ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذى هو الايلاء وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردرى بأن الحكم فى المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعل هو الزوج وكانت المرأة من نسائه وكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله تعالى الذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية (ولو قال لاجنبية والله لا أقربك أو أنت على كظهر أمى ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام فى مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية) إذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا (فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا فان قربها كفر) لتحقق الحنث

وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع (وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا) لان الزوجية قائمة فى الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية (ولو قال لاجنبية والله لا أقربك أو أنت على كظهر أمى ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا) لان الكلام فى مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك (وان قربها كفر) لتحقق الحنث

(قوله البيع موهوم) أى غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين وقد لا يجد مشتريا فى المدة فتمضى قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدور له وهو وان توقف على امتثالها أيضا لكن امتثالها واجب والوجوب طريق الوجود بخلاف امتثال المشترى واذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة فى الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شئ ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الايلاء من وقت الملك ان لم يكن وطئها قبله فان كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على الوطء بغير شئ وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها أو ابانتها ثم تزوجها (قوله وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا) باتفاق الائمة الاربعة بخلافه من البائنة فان كانت من ذوات الاقراء فلاحتمال امتداد طهرها وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الايلاء ممتدا الى ما بعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة وعلى قولنا من حيث انها لا حق لها فى الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب أن العبرة فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعل الزوج حقيقة على ما أسلفناه فى أول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الايلاء ألا ترى انه يثبت الايلاء وان أسقطت حقها فى الجماع لخوف الغيل على ولد أو غيره فعلم ان التعليل بالظلم باعتبار بناء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفى كونها من نسائنا وقيل انما لم يكن موليا من البائنة لان الايلاء تعليق طلاق بائن على مضى المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق يعنى اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط فى عدتها من البائن يلحق وهذا الحصر يقتضى انه لولا هذا اصح الايلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلاء منها وهو عدم الزوجية فالاسناد اليه أولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة فى محل واحد نقض الا لمانع فالحق ان الظلم حكمة ونفس الايلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما (قوله لان هذا الكلام فى مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية) وهى كونها من نسائنا فى الايلاء والظهار قال تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالايلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما لما عرف فى باب الايمان بالطلاق ان الاضافة الى سبب الملك صحيحة وكذا فى الايلاء والظهار

(قوله لان الاصل عدم ما يحدث) أقول فيه بحث اذ الاخراج من الكوفة أيضا كذلك (قوله وأجاب العلامة شمس الائمة الكردرى) أقول وهو أول من قرأ الهداية على المصنف رحمهما الله ثم أقول يستفاد هذا الجواب من كلام المصنف فالاظهر اسناد الاجابة الى المصنف كما هو دأبه فى أمثاله

إذا اليمين منعقدة في حقه (ومدة ايلاء الامة شهران) لان هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة (وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع أو كانت بينهما مسافة لا يقدران يصل إليها في مدة الايلاء ففيؤه ان يقول باسانه فئت إليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء)

والظهار فاذا قال ان تزوجتك فوالله لا أقربك وقع صحيحا وكذا ان تزوجتك فأنت على كظهر أمى الا انه لا ينعقد الايلاء والظهار الا عقيب التزوج بها لانها انذاك تصير محلا لا قبله ولان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها (قوله اذا اليمين منعقدة في حقه) أى في حق الوطء لان انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا ألا ترى انها تنعقد على ما هو معصية (قوله كمدة العدة) أى في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لانه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رحمهما الله تستوى مدة ايلاء الحرة والامة والقياس على مدة العدة بجامع كونها تربص هو أجل للبينونة كالعدة مدفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وأيضا تربص العدة للخطر وتعرف الفراغ وهو المؤثر وهو منتف في تربص الايلاء والاوجه الاستواء لعموم نص الايلاء لان الامة من نسائنا ولان ضربها ابلاء لعذر الزوج ورفقا جريا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فأخرت عقوبته الدنيوية بظلمه الى انقضاء أربعة أشهر وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والامة (قوله وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع) لا فرق بين كون عدم العذر للرض أو الجب كما أنه في حقها لا فرق بين كون المانع مرضها أو الرتق أو القرن ومن الناس من منع ايلاء المجبوب ومن الرتقاء والقرناء لانه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية ولان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو بالجب أو العنة أو كان أسيرا في دار الحرب أو لكونها ممتنعة أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضي بينهما الشهادة الطلاق الثلاث ففيؤه باللسان بأن يقول فئت اليها أو رجعت عما قلت أو راجعتها أو ارتجعتها أو أبطلت ايلاءها واختلف في الحبس صحح الفيء باللسان بسببه في البدائع وفي شرح الطحاوى لو آلى وهي مجنونة أو وهو محبوس أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر الا أن السلطان يمنعه أو العدو لا يكون فيؤه باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافى ووفق بحمل ما في الكافى وشرح الطحاوى على امكان الوصول الى السجن بأن تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان وبظلم يعتبر وهل يكفى الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فيأ وقيل لا وهو أوجه ثم هذا ان كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضى أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض أو بعد مسافة أو حبس أو جب أو أسر ونحو ذلك أو كان عاجزا حين آلى وزال العجز في المدة لم يصح فيؤه باللسان خلافا لزفر في غير الاخيرة فان العجز ثابت وهو المدار قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيؤه الا بايفاء حقها بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الايلاء بأذى اللسان ففيؤه الذى هو توبته بتطييب قلبها به لان التوبة على حسب الجناية ولو آلى ايلاء مؤبدا وهو مريض فبانت بمضى المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند أبى حنيفة ومحمد وصح عند أبى يوسف وهو الاصح على ما قالوا لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض وفي زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في الوطء فلا يعود حكم الايلاء فيه وهما يقولان ان ذلك بتقصير منه فانه كان عليه الفيء باللسان قبل مضى المدة ولا تبين ولو كان المانع شرعيا بان كان محرما

المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله وحرمته ألا ترى انه لو قال والله لأشربن الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا (ومدة ايلاء الامة شهران) وقال الشافعي مدة ايلائها كمدة إيلاء الحرة لانها مدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء (ولنا ان هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة) وقوله (وان كان المولى مريضا) هذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها انه آلى وهو صحيح وبقى بعد ايلائه صحيحا مقدارا يستطيع فيه ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك وفيؤه بالجماع عندنا خلافا لزفر لان المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في أول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء جاز له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع والثانى انه آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض وفيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء عندنا

(قوله فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع) أقول وليس هذا كالمتيمم في هذا الحكم فانه مسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا

(وقال الشافعي لافيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى لانه لو كان فيأ لكان حنثا) لان الفيء يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر (ولنا انه آذاها بذكر المنع) لان الزوج إذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع إذ لا حق لها فيه حينئذ وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان وإذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيأ على هذا الوجه أن تجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان فان قيل إذا كان المولى مريضا وقت الايلاء وجب ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها إذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكردرى وقد ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول كتاب البيوع والثالث انه آلى وهو مريض وقدر على الجماع في المدة وفيؤه بالجماع سواء كان فاء إليها في مرضه بالقول أو لم يفئ أما إذا لم يفئ فظاهر وكذلك إذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المولى إذا كان مريضا حال الايلاء لا نسلم ان الاصل في فيئه الجماع لما ذكرنا آنفا انه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر فعلى تقدير ان يقصر عن مدة الايلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين ان قصده في الابتداء لم يكن الا منع الحق بالجماع والاصل في الفيء حينئذ الجماع ولكن في اطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل (وإذا قال لامرأته أنت على حرام سئل عن نيته) لانه يحتمل وجوها لا يمتاز بعضها عن بعض الا بالارادة (فان قال أردت الكذب فهو كما قال) لا يقع طلاق ولا يكون بالنية ايلاء ولا ظهارا (لانه نوى حقيقة كلامه) لان المرأة كانت حلالا له فقوله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف إليه ولا ينصرف الى غيره الا بقرينة أو نية لان الحقيقة لا تحتاج الى شيء من ذلك (وقيل لا يصدق في القضاء) ذكر الطحاوى والكرخى في مختصريهما ان القاضى لا يصدقه في ابطال الايلاء (لانه يمين ظاهرا) لكونه تحريم الحلال كما ذكره

وقال الشافعي لافيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى لانه لو كان فيأ لكان حنثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق (ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيؤه بالجماع) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف (واذا قال لامرأته أنت على حرام سئل عن نيته فان قال أردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا

والى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعدا فالفيء بالجماع وعند زفر باللسان وهو رواية عن أبي يوسف لان الاحرام مانع من الجماع شرعا فثبت العجز فكان فيؤه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقى وهو منتف وهذا لانه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله وقال الشافعي لافيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى لانه لو كان فيأ لكان حنثا) وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لانه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فان أراد بقوله لو كان فيأ لكان حنثا لان الفيء لا يكون الا بالجماع فلو كان فيأ لكان بالجماع فكان حنثا لزم صريح المصادرة والنص وهو قوله تعالى فان فاؤا لا يوجب تعين كون الفيء الجماع لان معناه فان رجعوا عن عزمهم على ذلك الظلم وذلك يحصل بارضائها بالجماع وبارضائها بالقول ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه ذلك فلا يتم ما قالاه والحق ان مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا ولو وطئها بعد الفيء باللسان في مدة الايلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لان يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق (قوله وصار فيؤه بالجماع) حتى لو لم يجامعها حتى مضت المدة وقع الطلاق وهذا لان المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الاصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الخلف كالمتيمم اذا رأى الماء (قوله سئل عن نيته) هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله وهو جواب الرواية لان بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية وهو قول أبي بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصرى وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن على وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليلى ومالك ان الحرام ثلاثة الا أن مالكا قال ينوى في غير المدخولة ويروى عن على رضى الله عنه التوقف وفيه نحو احد عشر مذهبا غير ما ذكرنا (قوله لانه نوى حقيقة كلامه) اذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق والشعبى في التحريم انه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشيء وأورد لو كان حقيقة كلامه لا نصرف اليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف الى اليمين والجواب ان هذه حقيقة أولى فلا تنال الا

(قوله اذ لا حق لها فيه) أقول لسقوطه بعذر وهو عدم قدرة الرجل أو عدم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء بعذر (قوله لا نسلم ان الاصل في فيئه الجماع) أقول يمكن أن يستدل على المقدمة الممنوعة بقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم فان وعد المغفرة انما يكون اذا حنث وذلك بالجماع فانهم اتفقوا على ان وعد المغفرة على الفيء لا الايلاء كما سبق

(وان قال أردت الطلاق) فان لم ينو شيأ من العدد أو نوى واحدة أو ثنتين (فهي واحدة بائنة وان نوى الثلاث فثلاث) لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها (وان قال أردت الظهار فهو ظهار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ليس بظهار) نقله شمس الأئمة السرخسي عن النوادر لمحمد ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا (ولهما أنه أطلق الحرمة) وهي تحتمل أنواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق (وان قال أردت التحريم أو لم أرد شيأ فهو يمين يصير به موليا) فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالايلاء اما اذا أراد التحريم (فلان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا) لقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم واما اذا لم يرد شيأ فلان الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات لان في الايلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة في الايلاء لا تثبت في الحال ما لم تنقض أربعة أشهر وفي الظهار تثبت في الحال واذا أريد به الطلاق وقع بائنا و يحرم الوطء والايلاء لا يحرم الوطء فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات تعينت لتيقنها وسيجيء الكلام فيه في الايمان ان شاء الله تعالى (ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق بدون النية) قال أبو بكر الاسكاف وأبو جعفر الهندواني وأبو بكر بن سعيد قال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله تعالى أعلم

(وان قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا أن ينوي الثلاث) وقد ذكرناه في الكنايات (وان قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وان قال أردت التحريم أو لم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا) لان الاصل في تحريم الحلال انما هو يمين عندنا وسنذكره في الايمان إن شاء الله ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله أعلم بالصواب

بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لا يصدق في القضاء قاله شمس الائمة السرخسي بل فيما بينه وبين الله تعالى لانه يمين ظاهرا لان تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى أن قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلا يصدق في القضاء في نيته خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكر والاول قول الحلواني وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث (قوله الا أن ينوي الثلاث) ولا تصح نية الثنتين الا في الامة خلافا لزفر والزهري ومر في الكنايات والتفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال أنت علي حرام ونوى ثنتين لم يقع شئ ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان فكملت الثلاث (قوله وان قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف كذا ذكره القدوري وليس مذكورا في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي وانما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه قوله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو منتف وفي جوامع الفقه نقل عن محمد انه ظهار اذا نوى به الظهار على ما عرف النقل به عنه (قوله ولهما انه أطلق الحرمة الخ) حاصله ان الحرمة أعم من الحرمة التي هي ظهار أولا والاعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء (قوله وان قال أردت التحريم أو لم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا) ونص في المحيط انه خلاف قول محمد حيث قال فان نوى اليمين أو لم ينو شيأ كان يمينا وينصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية هكذا قال محمد ومن مشايخ بلخ من قال تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح في هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذلك حلال المسلمين ثم على قول محمد رحمه الله اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين فيحنث بأي ذلك وجد فاذا تناول شيأ من الطعام أو الشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين أن يتناول قليلا أو كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا يأكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية واذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين (قوله ومن المشايخ) هم المتأخرون لما ظهر من العرف في ذلك حتى لو قال لامرأته ان تزوجتك فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هي أنا عليك حرام كان يمينا وان لم تنو فلو مكنته حنثت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاقها غيرناو تطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق

فى القضاء بل فيما بينه و بين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغينانى لا أقول لا تشترط النية لكن يجعل ناو يا عرفا ولا فرق بين قوله أنت على حرام أو حرمتك على أو لم يقل على أو أنت محرمة على أو لم يقل على أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسى عليك و يشترط قوله عليك فى تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله أنت معى فى الحرام بمنزلة قوله أنت على حرام وفى الفتاوى لو قال لامرأته أنت على حرام أو حلال الله على حرام فهو على ثلاثة أوجه اما ان كانت له امرأة أو أربع أو لم يكن له امرأة ان كان له واحدة فقد ذكرنا وان كان له أربع طلقت كل واحدة تطليقة وان لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوزجندى والامام مسعود الكشانى يقع واحدة وعليه البيان قال فى الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندى ان الاشبه ما فى الفتاوى لان قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف فى الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما فى قوله احدا كن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ثم قال لامرئ آخر ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ففعل أحدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين ينبغى أن يقع كما لو قال معلقا دون الاول ﴿ فروع ﴾ تتعلق بالايلاء لو قال لا اقربك ما دمت امرأتى فأبانها ثم تزوجها لم يصر موليا و يقربها بلا حنث ولو قال ان قربتك فعلى ان أنحر ولدى صح الايلاء خلافا لزفر بناء على انه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزم فيه شئ عند زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروى عن أبى يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعى وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن المولى و وطئها انحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا أقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت أربعة أشهر بن جميعا وقال زفر لا يكون موليا ما لم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فقربان الثلاث يمكنه بغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكأنه قال ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا أقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا منهن فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطء كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا أقرب احدا كن جعلنا موليا من واحدة وقال زفر مول من الاربع حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب احداهن بانت واحدة منهن وعلى الزوج ان يعينها وعنده بن كلهن لان قوله احدا كن و واحدة منكن سواء ولو قال لا أقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا فكذا هذا قلنا احدا كن لا تعم لانه معرفة ولذا لا يصح ان يقال لكل احداهن على درهم واما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجتيه والله لا أقرب احدا كما فمضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو بين قبل مضى المدة لا يصح كما لو علق طلاق احداهن بمجيء الغد و بين قبل الغد واذا بين بعد المدة وتعينت المبانة ثم مضت أربعة أشهر أخرى فعند أبى يوسف لا تبين الاخرى وكذا اذا لم يبين وقالا تبين لان اليمين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للايلاء كما لو ماتت احداهما وله انه آلى من احداهما لا منهما واحدى هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة وتعينت فلا تبين الاخرى وفى المحيط لو قال أنتما على حرام يكون موليا من كل واحدة منهما و يحنث بوطئها ولو قال والله لا أقربكما لا يحنث الا بوطئهما والفرق ان هتك حرمة اسمه تعالى لا تتحقق الا بوطئهما وفى قوله أنتما على حرام صار ايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود فى كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون موليا عند أبى حنيفة وروى أبو يوسف عنه انه يبطل ايلاؤه واذا اختلفا فى الفئ مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك الفئ و بعد مضى المدة فالقول لها لانه ادعى الفئ فى حالة لا يملكه فيها والله سبحانه الموفق

﴿ باب

أخر الخلع عن الايلاء لمعنيين أحدهما ان الايلاء لتجرده عن المال كان أقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثانى ان مبنى الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها وهو فى الشريعة عبارة عن أخذ مال من المرأة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة على قول أبى حنيفة

﴿ باب الخلع ﴾

(واذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس أن تفتدى نفسها منه بمال يخلعها به) لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة

﴿ باب الخلع ﴾

هو لغة النزع خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة ملاحظة الملابسة كل الآخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن وفى الشرع أخذ المال بازاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوى والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم هو ازالة ملك النكاح ببدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل فى حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا والاجرى فيه الخلاف فى أنه فسخ وفى سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعى عما صدقات المفهوم اللغوى لان النزع مطلقا أعم من كون متعلقه أمرا حسيا أو معنويا كقيد النكاح بمقابلة شئ أو لا لم يبعد ولا ينافى ذلك النقل كما غلط من جعل أصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته فى مطلق مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبى حنيفة وعندهما هو يمين من الجانبين وستأتى ثمرة الخلاف (قوله اذا تشاق الزوجان) أى تخاصما (وخافا) أى علما كقوله

ولا تدفننى فى الفلاة فاننى ✽ أخاف اذا مامت ان لا أذوقها

أى اعلم وحدود الله تعالى ما حدده من المواجب التى أمر أن لا تتجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لأنه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة فى كلام القدورى الاباحة فانه قال لا بأس أن تفتدى نفسها منه بمال واباحة الاخذ منها مشروطة بمشاقتها فهو معتبر شرطا فى ذلك (قوله فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) هذا حكم الخلع عند جماهير الائمة من السلف والخلف وذهب المزنى الى أن الخلع غير مشروع أصلا وقيدت الظاهرية صحته بما اذا كرهته وخاف أن لا يوفيها حقها أو ان لا توفيه حقه ومنعته اذا كرهها هو وقال قوم لا يجوز الا باذن السلطان روى عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن وقالت الحنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق

ويمين من الجانبين عندهما على ما سيأتى بيان ثمرة الخلاف (اذا تشاق الزوجان) أى تخاصموا وصار كل منهما فى شق أى جانب (وخافا أن لا يقيما حدود الله) أى ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا بأس بأن تفتدى المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به) أى فلا جناح على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت سمى الله تعالى ما أعطته فداء من فداء من الاسر اذ استنقذ لما أن النساء عوان عند الازواج بالحديث وكان المال الذى يعطى فى تخليصهن فداء (فاذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة) روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ باب الخلع ﴾

(قوله والخلع نشوز) أقول أى مبنى الخلع (قوله فقدم ما بالرجل الخ) أقول ولانه لا يحصل الفرقة بالايلاء الا بعد مدة بخلاف الخلع فكان نسبة الايلاء الى الخلع نسبة الطلاق الرجعى الى البائن (قوله وحكمه وقوع الطلاق البائن) أقول يعنى عندنا (قوله انه من جانب المرأة معاوضة الخ) أقول ويمين من جانب الزوج قال المصنف (واذا تشاق الزوجان) أقول قال ابن الهمام هذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لانه شرط معتبر المفهوم وقد يقال جواب المسئلة فى كلام القدورى الاباحة فانه قال لا بأس واباحة الاخذ مشروطة بمشاقتها اهـ وفيه نوع تأمل (قوله فاذا فعلا ذلك) أقول وقال الرجل خالعتها وقبلت المرأة

ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن الا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة

لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع ويكون رجعيا فان راجعها رد البدل الذى أخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهرى يقول ذلك وجه قول المزنى ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيأ أجيب بأنه متوقف على العلم بتأخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثانى ولان هذا النهى متعلق بما اذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو أراد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة فى تلك الصورة أعنى صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوزمنها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حينئذ وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبنى على تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا يتعارضان كان الحكم الثابت حينئذ وجوب الترجيح اذا أمكن والترجيح يثبت للمحرم على المبيح لان فيه الاحتياط وهو هنا فى تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما فى ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما فى لا صلاة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار وايجابا كقوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة والا فنفس كونه عاما لا يقتضى التقدم لعين مفهومه بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل الجواب القول بموجبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ماذكر المصنف بقوله كره له ان يأخذ يعنى كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبى فى جوابهم تأويل الآية فى الحل والحرمة لا فى منع وجوب المال وتملكه لان الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان المعارضة تنفى القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه اراد ماذكرنا وسيأتى ماهو الحق فيه ان شاء الله تعالى

وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعى فى القديم ماروى عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطنى عنه وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها قالوا ذكر الله تعالى الطلاق فى أول الآية وفى آخرها والخلع بينهما وروى نافع مولى ابن عمر انه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر ابن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها الى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفتنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا وأعلمنا فهؤلاء أربعة من الصحابة فان ربيع وعمها صحابيان قالوا ذلك ويستدل عليه أيضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان الى أن قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعنى الثالثة المفاد شرعيتها بقوله تعالى أو تسريح باحسان على ما أسلفناه من التقرير فى فصل فيما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق أربعا والثانى منتف وأيضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك فى الافتداء قلنا أما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لا يوجب كون الواقع فى الواقع أحد الجائزين بعينه وهو أنه فسخ أو طلاق فلا يفيد وأما الآية فبالنظر الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعدما أفاد شرعية

(ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات) فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع (والواقع بالكناية بائن) فاذا قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط أجاب بقوله (الا أن ذكر المال أغنى عن النية ههنا) وقد قيل فى بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية (ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة)

الثلاث و بين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح وأخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق أو طلاقا هو الثالثة أولا فتعين أخذها من خارج البتة وهذا أوجه من قولهم بين الثالثة بعوض و بغيره لانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعت ولانه يقتضي أن لا يشرع الخلع الا بعد ثنتين بل انما نص على شرعية الثلاث و بين حكما آخر هو جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك وأما ماذكروه عن عثمان فبتقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال لا عدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة وأصل هذا ما روى من حديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة فسمى الحيضة عدة رواه أبوداود والترمذي والحاكم وصححه ثم رأيناه صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بأنها طلقة على ما في البخاري انه قال له اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الايجاد والاعدام فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا على ان الذي تعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع ان ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها الى عبدالله بن عمر فأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها أو عدتك عدة المطلقة وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب أنهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم انه قول أربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع أقضية النبي صلى الله عليه وسلم وآي الاحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار أهلا للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمها ذلك فانهما قد استفتيا عثمان فقال لهما ما قال فاعتقداه فليس في المعنى الا قول صحابيين لان المقصود قول أهل الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو منتف بما روى عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ما روى مالك عن أم بكرة الاسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفعا إلى عثمان رضي الله عنه فأجاز ذلك وقال هي طلقة بائنة الا ان تكوني سميت شيأ فهو على ما سميت ولا نعرف فيه الا أن جهمان لم يعرفه الامام أحمد فرد الحديث لذلك وهو جهمان أبو يعلى أو أبو العلى مولى الاسلميين ويقال مولى يعقوب القبطي يعد في أهل المدينة تابعيا روى عن سعيد بن أبي وقاص وعثمان بن عفان وأبي هريرة وأم بكرة الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربذي وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات هو جد جدة علي بن المديني فهي ابنة عباس بن جهمان روى له ابن ماجه حديثا واحدا في الصوم عن أبي هريرة لكل شئ زكاة و زكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا صرح أصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان وابن مسعود وعلي رضي الله عنهم ثم يعارضه قول غيره بل والمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسند ابن أبي شيبة حدثنا علي بن هاشم عن ابن أبي ليلى عن طلحة بن مصرف عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود رضي الله عنه قال لا تكون طلقة بائنة إلا في فدية أو ايلاء وروى عن علي أيضا وتقدم ما رويناه عن عثمان وقال عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لانه من كبار التابعين وكبار التابعين قل أن يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابي وان اتفق غيره نادرا فعن ثقة هكذا تتبعت مراسيله وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع طلقة بائنة وكذا ما أخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدي وأعله بعباد بن كثير الثقفي من ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وان كان لا يصح على طريق أهل الشأن لان الحكم بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الامر فجاز أن يقوم دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر وههنا نظر على أصولنا وهو ان

قوله جهمان هو كعثمان كما في القاموس ووقع في أسماء الرجال جهمان بتقديم الهاء وقال بضم الجيم وفتح الهاء والذي في القاموس هو الموافق للنسخ كتبه مصححه

ابن عباس رضي الله عنهما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ثم ان ابن عباس قال بانه فسخ وعمل الراوي عندنا بخلاف روايته ينزل منزل روايته للناسخ اللهم الا ان يثبت رجوعه كما قالوا والله أعلم به والجواب أن بتقدير ان ثابتا طلقها امتثالا لامره صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقا على مال فقول ابن عباس بعد ذلك الخلع فسخ كلام في مسئلة أخرى فحينئذ ما يأتي من تسمية الراوي له خلعا حيث قال وكان أول خلع في الاسلام يعني أول طلاق بمال لان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها امتثل قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال وعلى كل حال فالاظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصريح الذي لا يقاومه النقل التقديري ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا الى النظر في المعنى أفاد ما قلناه فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله (ولانه) أي الخلع (من الكنايات) حتى لو قال خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا لان حقيقة الخلع لا تتحقق الا به وقد قدمنا في الكنايات انها عوامل بحقائقها والنكاح قائم بالرجعي فلم ينخلع ثم لم يخرج عن ذلك الا بذكر المال وذلك لا يقتضي خروجه عن حاله وأيضا هذه فرقة بعد تمام النكاح والاصل فيه كونها طلاقا لانه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار إذا بلغت وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن اتمامه معنى وأيضا ملك النكاح ضروري لانه وارد على الحرة فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفي هذا الملك في حق الفسخ وأما وجه من قال لا بد من اذن الامام فلم أره ويظهر ان قوله تعالى فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرعه مشروطا بالخوف الأئمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتم وهذا فرع الترافع اليهم وان كان خطاب فلا تأخذوا للأزواج فهو غير مستغرب في القرآن ان يكون خطابان يتلو أحدهما الآخر والمخاطبون بأحدهما غيرهم بالآخر والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من الموطأ يفيد ان الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه به ولم ينكره وكذا ابن عمر حين سمع به فأفاد عدم فهمهما ذلك فيكون المراد من الآية اذن الأئمة من تمكينهم من الخلع اذا خافوا عليهما عدم القيام بالمواجب فيما اذا ارتفعوا اليهم لانه لا بد من الترافع اليهم وعلى اعتبار هذا المفهوم يمنعونهم عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى وتبين حينئذ انه ليس مباحا فقوله صلى الله عليه وسلم المختلعات هن المنافقات رواه الترمذي وفيه وفي أبي داود عنه صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها من غير ما بأس به لم ترح رائحة الجنة لا بالحكم بعدم النفاذ والصحة اذا وقع وأما وجه من قال انه رجعي فذكر بعضهم فيه ما لا حاصل له ولا غبار على الوجه المذكور في الكتاب فيه وهو انها انما بذلت المال لتسلم لها نفسها والله تعالى شرع الافتداء لذلك والا لو كان رجعيا لم يحصل الغرض الذي شرع لاجله ولانه معاوضة والزوج قد ملك المال حكما لصحة هذه المعاوضة فلا بد من ان تملك نفسها حكما لها تحقيقا لها كما في جانبه والله سبحانه أعلم (قوله الا انه ذكر المال) استدراك مما يتوهم لزومه على قوله انه كناية من افتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا أنكرها يصدق قضاء وليس كذلك قالوا لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمبارأة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بأن يقول بارأتك على ألف أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف وعند عدمه يصدق في انكارها قضاء في الخلع والمبارأة لا في لفظ الطلاق

قوله (وان كان النشوز من قبله) يقال نشزت المرأة على زوجها فهى ناشزة اذا استعصت عليه وأبغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهى كراهة كل واحد منهما صاحبه (يكره له ان يأخذ عوضا لقوله تعالى وان أردتم (٢٠٣) استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيأ أتأخذونه بهتانا واثما مبينا) فان قيل النهى ورد عن فعل حسى وهو الاخذ ومثله يقتضى عدم المشروعية ثم هو مؤكد بتوا كيد هى قوله أتأخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف الجواز مع الكراهة أجيب بأن النهى وان ورد عن فعل حسى ولكنه لمعنى فى غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية فى نفسه كما فى قوله صلى الله عليه وسلم لاتتخذوا الدواب كراسى والى هذا أشار بدليله الثانى وهو قوله ولانه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال (وان كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وفى الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لاطلاق ماتلوناه بدأ) أى أولا يعنى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره (ووجه الرواية الاخرى) أى رواية القدورى وهى رواية كتاب الطلاق فى الاصل (قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا) وقصتها ماروى ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لاأعتب على ثابت فى دين ولا خلق ولكنى أخشى الكفر فى الاسلام لشدة بغضى اياه فقال أتردين اليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا

(وان كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا) لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى أن قال فلا تأخذوا منه شيأ ولانه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال (وان كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها) وفى رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لاطلاق ماتلونا بدأ ووجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا

والبيع لانه ماصريحا ذكره فى الكافى فأجاب بأن ذكر المال يغنى عنها اذ هو قرينة ظاهرة على ارادة الطلاق اذ من المعلوم انه لايستحقه الا بسببه (قوله وان كان النشوز من قبله كره له ان يأخذ منها شيأ) لقوله تعالى فلا تأخذوا منه شيأ نهى عن الاخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ماقيل من ان ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشئ اذ لامعارضة فى التحريم فان اطلاق نفى الجناح فى آية المطلقة مقيد بالمشاقة فان الآية هكذا ولايحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيأ الا ان يخافا ان لايقيما حدود الله فان خفتم ان لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والنهى فى الآية الاخرى مقيد بانفراده بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض فى حرمة الاخذ على انه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفى امساكها لارغبة بل اضرارا وتضييقا ليقتطع مالها فى مقابلة خلاصها من الشدة التى هى فيها معه ذلك وقال تعالى ولاتمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعى على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراما الا انه لو أخذ جاز فى الحكم كماذكره المصنف آخرا أى يحكم بصحة التملك وان كان بسبب خبيث وعلله بقوله (لان مقتضى ماتلوناه) يعنى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (شيآن الجواز حكما) يعنى الصحة والنفاذ فى القضاء فانه ذكره مشبها بأخذ الزيادة وقد قال فيها جاز فى القضاء (والاباحة وقد ترك فى حق الاباحة لمعارض) وهو قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الآية فبقى معمولا به فى الباقى أى الجواز فى القضاء لايقال الجواز هو الاباحة ويتلازمان وجودا وعدما لانا نقول ان معنى الاباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ومعنى الجواز من جاز أى مر وبعد فهو النافذ شرعا أى الصحيح وهو المعتبر سببا لترتب الآثار الشرعية فهو أعم من كونه مع الحل أو الحرمة كما فى كل نهى عن أمر شرعى لم يقم فيه دليل شرعى على انه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم وهنا كذلك فالاخذ حرام فى حال عدم نشوزها وان كان برضاها ولو فعل كان أخذه سببا للتملك كما فى البيع فيما قلنا حيث علك بسبب ممنوع لايقال النهى هنا عن أمر حسى فيعدم وجوده شرعا فيخرجه عن انتهاضه سببا مفيدا لحكم الملك كالنهى عن الزنا لان ذلك مقتضاه اذا لم يدل الدليل على ان النهى لغيره لالعينه وهنا دل على انه لزيادة الايحاش ولقائل أن يقول اذا ترك فى حق الاباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعا وذلك لان دلالته على النفاذ ليس الا دلالة التزامية للاباحة لان دلالته المطابقية على الاباحة اذ هى المعنى المطابقى لنفى الجناح ويلزم من ثبوت الاباحة النفاذ فاذا ارتفعت الاباحة ارتفعت بلازمها الا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا يظهر قول الظاهرية (قوله لاطلاق ماتلونا بدأ) أى أولا وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعنى بطريق دلالته لاعبارته فان عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ولاشك ان فى مشاقتهما مشاقته فاذا كان له أن يأخذ ماافتدت به مطلقا فيما فيه مشاقة منه فأخذه ذلك فيما لامشاقة منه فيه أولى (قوله ووجه الاخرى قوله عليه السلام فى امرأة ثابت الخ) تقدم ذكر الحديث من رواية البخارى وليس فيه

(قوله فقالت لاأعتب) أقول العتب المؤاخذة والغضب من باب ضرب ومنه هذا الحديث

(وكان النشوز منها) بمار و ينا من الحديث فكان قوله أما الزيادة فلا ينفي اباحة أخذ الفضل على ما نذ ره واذا انتفى الاباحة كان مكروها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا أخذوا النشوز منه لان مقتضى ما تلونا) من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (شيأ ان الجواز حكما) أي جواز أخذ الزيادة في القضاء (والاباحة) أي إباحة أخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله وفرقوا بين العبارتين بأن كل مباح جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الاباحة أيضا واذا انتفت الاباحة ثبت ضدها وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة (وقد ترك) يعني ما تلونا

(في حق الاباحة لمعارض) وهو قوله صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا لكونه نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية (فبقي معمولا في الباقي) وهو الجواز وفيه بحث من وجهين أحدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهية الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الاخذ منها وهو غير ناشز أولى أن لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اذا أخذ وهو ناشز قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تأخذوا منه شيأ والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده أن يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة

وقد كان النشوز منها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء) وكذلك اذا أخذوا النشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيأ ان الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي

ذكر الزيادة وقد رويت مرسلة ومسندة فروى أبو داود في مراسيله وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء وأقرب الاسانيد سند عبد الرزاق قال أخبرنا ابن جريج عن عطاء قال جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال أتردين عليه حديقته التي أصدقك قالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا وأخرجه الدارقطني كذلك وقال وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح وأخرج عن أبي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فأخذها وخلى سبيلها اهـ قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الاسلام لا أطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الامام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الانصارية وزاد فيه وكان ذلك أول خلع في الاسلام فقد علمت انه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لان المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا اذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الاول أو بمسند كان حجة وقد اعتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب وفي اسم أبيها عبد الله بن أبي ابن سلول أو سلول أو سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل ان الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته انها اختلعت من زوجها بكل شئ تملكه فخوصم في ذلك الى عثمان بن عفان فأجازه وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه وذكر أيضا عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع ان ابن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها من كل شئ لها ومن كل ثوب حتى نقبتها وروى ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن أيوب عن كثير بن أبي كثير وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه لا يأخذ منها فوق ما أعطاها ورواه وكيع عن أبي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن أبيه عن علي انه كره أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وقال طاوس لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وأورد أن شرط قبول خبر الواحد أن

لا يعارض

(قوله أولى أن لا يكون مباحا الخ) أقول فيه بحث اذ ما ذكره من الاولوية غير ظاهر (قوله قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تأخذوا منه شيأ) أقول قال ابن الهمام فيه نظر لان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده والطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص اهـ أقول ممنوع بل بخوف كل منهما أن لا يقيما حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد فانه اذا نشزت المرأة فقط يجوز أن يخاف الرجل من استيلاء الغضب عليه فلا يقيم حدود الزوجية وكذا اذا نشز الرجل فتأمل

(وان طلقها على مال) مثل أن قال أنت طالق بألف درهم أو على ألف درهم (فقبلت وقع الطلاق ولزم المال) لان هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل اما أهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا لا محالة وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم فيه متعلق بالقبول وأما أهلية المرأة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله كذا في بعض الشروح (واذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا) انها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها (ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع) اذا خالع المسلم امرأته على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شئ للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شئ له والطلاق رجعي أما الاشتراك في وقوع الطلاق فانه علقه بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها بائن اذا لم يكن من الالفاظ الثلاثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شئ عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه لا وجه لالزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا الزام غيره لعدم الالتزام به

(وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص (وكان الطلاق بائنا) لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهي النفس تحقيقا للمساواة قال (وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شئ للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا) فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شئ عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى إيجاب المسمى للاسلام ولا الى إيجاب غيره لعدم الالتزام

لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به أجيب اذا خص منه شئ أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا النص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيأ فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده واطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص لان مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصا لا يقال أخذ الزيادة أيضا غير متناول المطلقة لانها في نشوزهما ونشوزها وحدها ليس نشوزهما لانا نقول تثبت اباحة أخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق أولى كما بينا وعلى هذا فيظهر كون رواية الجامع أوجه نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من أن يزداد الحمل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه والله أعلم (قوله ولو طلقها الخ) صورته أن يقول أنت طالق على ألف أو بألف أما لو قال وعليك ألف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي وقوله فقبلت وقع الطلاق أي غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة أو أمة اختلعت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختلعت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل المقدر القبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والمعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء والى هنا يتم التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس وزاد في النهاية قوله ولو قلنا بتعليقه بالاداء كانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله أنت طالق على ان تدخلي الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج الى ان المعنى ان أديت فأنت طالق وهو الشرط المحض وهو مضر في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه أو الجانبين فليست هذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك واعلم ان تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرده هو فيما يتحقق فيه التحقيق اما فيما يحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا يصح مطلقا وقال الفقيه أبو جعفر ينوى الزوج ان أراد به التحقيق دون السوم يصح وهو المختار للفتوى (قوله لما بينا) يعني قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها (قوله وهي النفس) أنث ضمير الآخر وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر أعني النفس (قوله وان بطل العوض في الخلع الخ) حاصله انه اذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل

(بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا) فانه يلزم عليها رد المهر الذى أخذته عند أبي حنيفة وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط
وهذا والصداق سواء لانها سمت (٢٠٦) مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير فى ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق
بين هذا وبين ما اذا كاتب أو أعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وان أداها عتق وعلى العبد قيمته
اجاب بقوله (وبخلاف ما اذا كاتب أو اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه) أى فى العبد (متقوم) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب (وما رضى بزواله مجانا) فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة (أما ملك البضع فى حالة الخروج فغير متقوم على ما نذكر) بعيد هذا بقوله (والفقه) فلا يلزمها شئ وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع وانما عتق المكاتب اذا أدى الخمر المسماة لان فى الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل وفى قوله على خمر تلويح الى أنه لو كاتب على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو أدى لم يعتق ولا تجب القيمة
وقوله (وبخلاف النكاح) للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شئ (لان البضع فى حالة الدخول متقوم) ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال (والفقه) ما ذكره وهو واضح (قوله

بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضى بزواله مجانا أما ملك البضع فى حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع فى حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فأما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال

فاما ان يكون موقعا بلفظ الخلع أو الطلاق ففى الخلع يقع بائنا وفى الطلاق يقع رجعيا ان كانت مدخولا بها وهى دون الثلاث وترك المصنف التقييد بهما لاشتهار الحال فى الطلاق الثلاث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد وفيهما معا لا يجب شئ للزوج وجه الحكم الشامل ان ملك النكاح فى الخروج غير متقوم ولذا لا يلزمه شئ فى الطلاق اجماعا واباحة الافتداء ليس وضعا لتقومه شرعا والا لتعينت القيمة ولو بالنوع كمهر المثل فاذا سمى غير المتقوم فى غير المتقوم كان راضيا بسقوطه مجانا وجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكنايات التى لها دلالة على قطع الوصلة لانه من خلع الخف والنعل والقميص وقدمنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فاذا أفاد حقيقته منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا وما الا فرجعى ولفظ الخلع من الاول بخلاف لفظ اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة على ما سلف فانما يقع بها رجعى ولفظ الطلاق صريح لا يقتضى البينونة ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا فى الكنايات لقلنا بالرجعى فيها كقول مالك وأحمد والشافعى يخالفنا فى هذا الاعتبار فى الكنايات على ما أسلفناه فيها وقال هنا ان الواقع بائن بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض فى المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتنا عن المهر لزمت قيمته وهى مهر المثل ولم يجعله متقوما حالة الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفى كتب المالكية لو خلعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له الا المال قيل هو قياس قول أصحابنا وهو صحيح وفى جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شئ لانه مال لا تستحقه بحال وعرف مما قررنا ان اقتصاره على قوله لانه من الكنايات لا يستلزم البينونة (قوله بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه لانها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا) فيرجع عليها فعند أبى حنيفة ترد مهرها وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطا كما فى الصداق على ما تقدم فى باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شئ له (قوله وبخلاف ما اذا كاتب أو اعتق على خمر) او نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واحترز به عما لو كاتب على ميتة أو دم فان الكتابة حينئذ باطلة حتى لو أدى الميتة أو الدم لا يعتق وههنا فاسدة فلو أدى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه (لان ملك المولى فيه متقوم) ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبى كثمنه ابتداء (وما رضى بزواله مجانا) لانه لو رضى لنجز عتقه ابتداء فتسمية مال غير متقوم فى المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن دفعه ولا ايجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البدل فى موضع لزومه تجب قيمة المبدل ولقائل أن يقول ان عنى بكون العبد متقوما عند الخروج أو حالة البقاء لزوم قيمته عند خروجه شرعا فممنوع وان عنى امكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفيد هذا الفرق فى الرجوع بينهما فى تسمية الخمر والخنزير والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه له قيمة فى الواقع بان الشرع قومه أولا ببيع أو هبة وليس هذا فى البضع حالة الخروج (قوله والفقه فيه) أى فى لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج (انه) أى البضع (شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض فاما الاسقاط فنفسه شرف) أى يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية (فلا حاجة الى ايجاب المال) اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه

(قوله لانها سمت مالا) أقول تعليل لقوله يلزم عليها رد المهر

قال (وماجاز أن يكون مهـرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع) كل ماجاز أن يكون مهرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع ولاينعكس (لان مايصلح أن يكون عوضا المتقوم أولى ان يصلح عوضا الغـيره) ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على مافي بطون غنمها جاز وله مافي بطون غنمها وقت الخلع دون ماحدث بعده ولوتزوج امرأة على مافي بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة لكون مافي البطن ليس بمال في الحال وان كان بعرضية أن يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر الى ذلك تكون في معنى الاضافة أو التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لايحتمل التعليق والاضافة فكذلك العوض الآخر وأما الخلع فاحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فأمكن تصحيح تسمية مافي البطن باعتبار المآل واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها شئ فلاشئ له لانها ماغرته لان مافي البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا (فان قالت له خالعني على مافي يدى فخالعها فلم يكن في يدها شئ فلاشئ له عليها لانها لم تغره بتسمية المال) لان كلمة ماعامة تتناول المال وغيره (وان قالت خالعني على مافي يدى من مال فلم يكن في يدها شئ ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة) أى أى جهالة كل واحد منهما ويجوز أن يكون معناه لجهالة المسمى وان كان المسمى مجهولا كانت القيمة أكثر جهالة (ولا الى قيمة البضع أعنى مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج) كما تقدم (فتعين ايجاب ماقام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه)

قال (وماجاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا في الخلع) لان مايصلح عوضا المتقوم أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم (فان قالت له خالعني على مافي يدى فخالعها فلم يكن في يدها شئ فلاشئ له عليها) لانها لم تغره بتسمية المال (وان قالت خالعني على مافي يدى من مال فخالعها فلم يكن في يدها شئ ردت عليه مهرها) لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع أعنى مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ماقام به على الزوج دفعا للضرر عنه

(قوله وماجاز أن يكون مهـرا جاز أن يكون بدلا في الخلع) ولاينعكس كليا فالصادق بعض ماجاز بدل خلع جاز كونه مهـرا والبعض لا كالاقل من العشرة ومافي يدها ومافي بطن غنمها ومافي بطن جاريتها يجوز وله مافي بطونها ولايجوز مهرا بل يجب مهر المثـل والفرق ان مافي البطن ليس مالا في الحال بل في المآل فكان تعليقا بالانفصال من البطن وأحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبـل التعليق فكذا الآخر أعني المال ولا يقبله مايقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن في بطونها شئ حالة الخلع فلاشئ له وماحـدث في البطن بعد الخلع لها لاله لانها غير غارة اذ مافي البطن لم يتعين كونه مالا اذا ظهر لجواز كونه ريحا أو ميتة فـلا يلزمها شئ ويصح التأجيـل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة وحيث لايصح التأجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسـقاطا حتى جاز تعليـقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجرى فيه التسامح جاز بالمجهول والى الاجل المجهول المستدرك الجهالة وعلى هذا الأصل يجوز اختـلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها وخـدمتها على وجه لا يلزم خلوته بها أو خدمة الاجنبي لان هـذه تجوز مهرا وفي الخـلاصة قالت طلقني على ان أؤخر مالي عليك فطلقها فان كان للتأخـير غاية معلومة صح به التأخـير وان لم يكن لايصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها على أن تبرئه عن الكفالة التي كفل بها عن فلان فالطلاق بائن انتهى كأنه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لاتسقط بل تتأخر بخلاف الثاني لتحقق سـقوط المال أو مطالبتها اياه به (قوله أولى ان يصلح عوضا للغـير المتقوم) وهو البضع حالة الخـروج بخـلافه حالة الدخول فانه متقوم وعن هـذا جاز تزويج الاب ابنه الصـغير على مال الصغير ولم يجز أن يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولوتزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولواختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من مـيراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخـرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث (قوله لانها لم تغره بتسمية المال) لان مافي يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن مالا أو كان ومثل هـذا قولها على مافي بيتي أو مافي بيتي من شئ وليس فيه شئ لايلزمها شئ لان الشئ يصـدق على غير المال فان كان فيـه شئ حال قولها فهوله كله ولوقالت على مافي بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب وقوله (لاوجه الى ايجاب المسمى) أى ماسمته المرأة وهو المال (وقيمته للجهالة) قيل عليه

(قوله لكنها بالنظر الى ذلك) أقول إشارة الى قوله بعرضية أن يصير مالا قال المصنف (ردت عليه مهرها) أقول قال ابن الهمام قيل عليه يجب أن يلزمه مايصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب أحمد والجواب الجهالة الفاحشة توجب الفساد ولان كون أقل ماهو مال درهما ممنوع اهـ وأنت خبير بان كون أقل ماهو مال درهما مذكور ومصرح به في كتاب الاقرار

وقوله (ولو قالت خالعنى على ما فى يدى من دراهم) واضح وقوله (وكلمة من ههنا للصلة) اشارة الى ما يقال اذا كان فى هذه الصورة درهمان أو درهم يجب أن لا يجب عليها شئ غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما فى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما فى قوله أخذت من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالعنى على ما فى يدى دراهم اختل الكلام واذا لم تكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم واعترض بأن ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قولها دراهم يجوز أن يكون بدلا من قولها ما فى يدى ويكون تقديره خالعنى على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا أيضا ويكون تقديره خالعنى على الدراهم واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد

(ولو قالت خالعنى على ما فى يدى من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن فى يدها شئ فعليها ثلاثة دراهم) لانها سمت الجمع وأقله ثلاثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه (فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ)

يجب ان يلزمها ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف فى الاقرار وهو مذهب أحمد رحمه الله والجواب ان الجهالة توجب الفساد ولان كون أقل ما هو مال درهما ممنوع (قوله لانها سمت الجمع وأقله ثلاثة) فان قيل هذا فى قولها دراهم ظاهر أما فى المحلى فينبغى أن يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام الى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغى أن يلزمها درهم فالجواب ان ذلك عند عدم امكان العهدية فاما ان أمكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فان قولها على ما فى يدى أفاد كون المسمى مظروفا بيدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد فى الجملة من حيث هو مما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفظة من وقعت بيانا وما دخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر فى قوله تعالى وليس الذكر كالانثى للعهد لتقدم ذكره فى قوله ما فى بطنى محررا وان كان يخالفه فى كون مدخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه فى وليس الذكر كالانثى لان المراد بلفظ ما فيه متعين لان المنذور لسبعة انما هو الذكر ولانه لا يكون للجنس الا عند امكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس فى لا أشترى العبيد لامكان الاستغراق فى النفى دون لأشترين العبيد لعدم الامكان فيحنث بشراء عبد واحد بالاول ولا يبر بشراء عبد فى الثانى بل بشراء ثلاثة وبهذا التقرير تبين لك ان من لبيان الجنس لا لصلة كما ذكره المصنف ألا ترى الى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذى موضعها موصولا بمدخولها حال كونه خبر المبتدا الذى هو ضمير المبهم هكذا ما فى يدى الذى هو الدراهم كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان لصدق الرجس الذى هو الاوثان اللهم الا أن يكون له فى لفظ الصلة اصطلاح وما قيل ان تعين الثلاثة فيما اذا لم يكن فى يدها شئ لان البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة دفع بأنه فرع تقوم البضع فى الخروج وهو منتف وفيه نظر لان المراد انه لما لزم المال من قولها على ما فى يدى من الدراهم وكان البضع محترما فالظاهر أن يراد بدل اسقاط الملك عنه ما هو معتبر والدرهم الواحد وان صدق عليه الجنس الذى صار اليه الجمع غير ذى خطر ولذا لم يقطع العضو به بخلاف الجمع فانه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حلا لا دلالة بالمعين المذكور كما انه يحمل على الفرد بعين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره (قوله على انها بريئة) يعنى ان

فلو كان فى يدها درهم واحد وجب ان يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقدير كلامها خالعنى على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب وعن الثانى لانسلم انه لا معهود ثم بل ما فى يدها معهود بالاشارة اليها (فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه) يعنى ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شئ عليها (لم تبرأ)

(قوله وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين) أقول فيكون له فى لفظه اصطلاح (قوله ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض الخ) أقول تقدم فى آخر فصل المشيئة ان من فى قوله طلقى نفسك من ثلاث ما شئت وجدته للتبعيض عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يصح الكلام بدونه (قوله لان قوله دراهم يجوز أن يكون بدلا الخ) أقول ويصح فاجتنبوا الرجس من الاوثان على البدلية (قوله واللام اذا دخل الجمع الخ) أقول اعتراض ثان (قوله والجواب عن الاول الخ) أقول اذا كان مراد المعترض عدم صحة ما ذكر تفريعا على تلك الضابطة من كون كلمة من للصلة دون التبعيض مع انها حقيقة فيه كما تقدم لم يتوجه هذا الجواب (قوله وعن الثانى بانا لانسلم انه لا معهود ثمة بل ما فى يدها معهود بالاشارة اليها) أقول وأنت خبير بان هذا المقدار من التعيين لا يكفى فى المعهودية ألا ترى انهم لم يكتفوا فى معهودية الذكر فى قوله تعالى وليس الذكر كالانثى بأن ما فى بطنها معهود بل ضموا الى ذلك كونه محررا فليتأمل

وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت) لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح (واذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) لانها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال

وجدته سلمته والا فلا شيء عليها (قوله وعليها تسليم عينه الخ) هذا فرع صحة التسمية وانما صحت في الخلع لان مبناه على المسامحة بسبب انها اعتياض عن غير مال فالعجز عن تسليمه لا يفضي الى المنازعة في القيمة فتندفع وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه ان رضي سيده والا فقيمته وهذا بطريق أولى لانه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع عليه أولى بخلاف البيع لان مبناه على المشاحة فالعجز يفضي اليها وهو لم يشرع الا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه وبخلاف ما اذا خالعته على دابة وعلى أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها الا ان الجهالة متفاحشة لاختلاف الاجناس فلا يمكن ايجاب شيء مسمى بعينه ولا قيمته بخلاف ما نحن فيه لانه يمكن تسليمه أو قيمته وغاية الامر أن يكون كتسمية عبد وسط فاذا صحت التسمية أوجبت تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لانه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه يصح وان كان مقتضى العقد وجوب سلامته كما وجب أصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لان وجوب مطلق الشيء يقتضي كماله لان المعيب فائت من وجه فكان الموجب الاصلي هو العيب فاشتراط نفيه اشتراط نفي نفس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثباته ثم اسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك لا يخل باثبات مقتضاه أو نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشرط فيه عدمها وهو المطلق لا غيره بخلاف أصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي أخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا فاستحق لزمها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه ذكره شمس الائمة ويجب في صورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان الزوج علم بذلك أن لا يجب له شيء كما قدمنا في الخل المعين اذا ظهر خمرا وهو يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته (قوله فطلقها واحدة) أي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء (قوله فعليها ثلث الالف) وبه قال الشافعي وعن مالك تقع بالالف وعند أحمد تقع بغير شيء والدعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بألف وطلب الواحدة بثلثه فأثبته بقوله ان الباء تصحب الاعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة والا لخلا بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض لكن الغرض ان لا تبرع بشيء منه لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه لانه اذا كان العلم محيطا بالانقسام في نفس الامر يكون طلب الجملة بعوض طلب كل جزء منه بكل جزء منه لكن يبقى فيه أنه انما هو طلب الطلقة مصحوبة حال كونها مع الطلقتين الاخريين لا منفردة فايقاعه الواحدة فقط ايقاع غير المسؤل فيقع بغير شيء وهو وجه قول الامام أحمد فاذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره

ينبغي ان تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة أجيب بأن العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شيء وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستقبحة لكونها تنتظم أنواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضا أجيب بأن استحقاق التسليم فوق استحقاق السليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله (وعلى هذا النكاح) يعني اذا تزوج امرأة على عبد آبق على أنه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الخ (واذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) وكلامه واضح

(قوله ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب) أقول فان الاصل هناك باق فيجوز العقد

(وان قالت طلقنى ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعى ولاشئ عليها عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف لان الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة (وكلمة على بمنزلة الباء فى المعاوضات حتى أن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء) واذا كان معاوضة انقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض (ولابى حنيفة ان كلمة على الشرط) أى تستعمل للشرط مجازا (قال الله تعالى يبايعنك على أن لايشركن بالله شيأ) أى بشرط عدم الاشراك بالله (ومن قال لامرأته أنت طالق على ان تدخلى الدار كان شرطا) ويجوز المجاز ماذكره المصنف انه استعير للشرط لانه يلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم (واذا كان للشرط فالمشروط لايتوزع على أجزاء الشرط) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال وذلك لايقبل التعليق والثانى ان ماذهبتم اليه مجاز وماذهبنا اليه مجاز آخر وليس أحد المجازين بأولى من الآخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز أن يقبله تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثانى ان اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازا أقرب الى حقيقته والمجاز الاقرب الى الحقيقة أولى على ماعرف فى الاصول (قوله على مامر) أراد به قوله لان حرف الباء يصحب الاعواض (واذا لم يجب المال كان طلاقا مبتدأ) غير مبنى على سؤالها (فوقع وله الرجعة)

على

(وان قالت طلقنى ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شئ عليها عند أبى حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالا هى واحدة بائنة بثلث الألف) لأن كلمة على بمنزلة الباء فى المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على أن لايشركن بالله شيأ ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلى الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذ كان للشرط فالمشروط لايتوزع على أجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على مامر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة

بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف فباع أحدهم بثلثها يجوز باعتبار انه تحصيل بعض المقصود كذا هذا بل أولى فان مقصودها الاصلى ملكها نفسها بقطع ملكه غير أنها ذكرت احدى صورتى ذلك وهو الثلاث بعد علمها بحصة كل منها فابانتها بواحدة تحصيل أصل المقصود فى صورة أخرى فهو أولى بجوازه بحصتها بخلاف عدم الجواز فى قوله بعتك هذه الاعبد الثلاثة بألف كل واحد بثلثها فقبل فى واحد لايجوز على قول أبى حنيفة فانه لمانع وهو تفريق الصفقة فانه ضرر على البائع لان عادة التجار ضم الجيد الى الردىء فى الصفقة ليروجوا الردىء فالقبول فى بعضها الحاق الضرر به وبخلاف مالو قال لها أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت فى واحدة لايقع شئ ولايجب شئ لان الزوج هنالك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفى هذه لم يرض بها الا وان يكون بازائها ألف ولم يوجد منه بعد الايجاب مايدل على الرضا ولو قالت طلقنى ثلاثا بألف فطلقها ثلاثا متفرقة فى مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفى الذخيرة قالت طلقنى ثلاثا على ألف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمته بازاء الحرمة الغليظة وفى المرغينانى لو قال أنت طالق أربعا بألف فقبلت طلقت ثلاثا بألف ولو قبلت الثلاث بالالف لم يقع وفى الخلاصة قبيل الفصل الرابع فى الامر باليد عن أبى يوسف لو قالت طلقنى أربعا بألف فطلقها ثلاثا فهى بالالف ولو طلقها واحدة فبثلث الالف (قوله وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط) بين ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفى النهاية لايتم تعليل أبى حنيفة الا على تعليل المبسوط حيث ادعى أنها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارة للشرط لهما أن يقولا لم صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها لمعنى الباء بل استعارتها لمعنى الباء أولى لان حقيقتها الالزام بالاتفاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم أكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل مافى المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه اذ لايعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق أن يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على رأسى وهو محمل اطلاق أهل العربية كونها للاستعلاء وفى غير ذلك هى حقيقة فى معنى اللزوم الصادق فى ضمن مايجب فيه الشرط المحض نحو قوله يبايعنك على أن لايشركن بالله شيأ أى بشرط ذلك ونحوه أنت طالق على أن تدخلى الدار ومايجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعتى هذا على ألف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على أن أنصرك أو أعطيك أو أشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لاتنقسم أجزاؤه

(قوله فكانت المناسبة بينهما) اقول أى بين على والشرط (قوله بين الشرط والجزاء) أقول أى جنسهما

(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شئ) لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لانها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى (ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله أنت طالق بألف) ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا

على أجزاء مقابله كما لو قالت ان طلقتني ثلاثا فلك ألف حتى لا يكون شئ من الطلقات مقابلا بشئ بل المجموع ينزل عند المجموع كما يصح جعله عوضا منه سيما كما في بألف فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا إذ الشرط لا تتوزع أجزاؤه على أجزاء المشروط بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله فدار الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك ولا يحتاط في اللزوم إذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه اذ غايته انه للزوم القرينة المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص المادة أعني كون مدخولها جسما محسوسا أو غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد أما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك أن الاشتراك واقع وليس الا دليله على انه لو سلم دعوى ان المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازي اللزوم ليس بأولى من القلب وكون ذلك قول أهل العربية لا يرجحه لان أهل الاجتهاد هم أهل العربية وغيرها وأحد من الكل لا ينقل عن الواضع ان المعنى الحقيقي كذا بل ليس حكمهم به الابناء على ما رأوه متبادرا عند الاطلاق لاهل اللسان ونحن أوجدناك تبادر اللزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر هذا ولو تنزلنا الى كونه في اللزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فنقول لما تعذرت الحقيقة أعني الاستعلاء كان في المجازي أعني اللزوم وهذا المعنى المجازي معنى كلي صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة الى آخر ما قلناه بعينه (قوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف) تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه (قوله ولو قال أنت طالق الى قوله ولا بد من القبول) لو قال أنت طالق بألف أو على ألف أو خلعتك أو بارأتك أو طلقتك بألف أو على ألف يقع على القبول في مجلسها وهو يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها إذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها أما تعليقه بالقبول فلان الباء للمعاوضة وقدمنا ان في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما فلا اشكال وعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعله فهو اما القبول أو الاداء وتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فان قلت فلم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها فالجواب صلاحية هذا القيد لكونه قرينة معينة للشرط انه القبول أو الاداء بعد لزوم ارادة أحدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا الاصل المال من غير ان يثبت لزومه بل قالوا ما هو أبلغ من هذا وهو لو قال أنت طالق على ان تعطيني ألفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد اما لو قال إذا أعطيتني أو اذا جئتني بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا بخلافه مع على حتى إنه اذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مثله في مسئلة على ان تعطيني دون ان أعطيتني الا أن يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بألف لها عليه وذلك لانه يقال على ان تعطيني منك كذا ويراد قبوله في العرف قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون أي حتى يقبلوا للاجماع على ان بقبولها

وقوله (ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا) ظاهر (ولو قال لها أنت طالق على ألف أو بألف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وقوله لان معنى قوله بألف بعوض يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين (والعوض لا يجب بدون قبوله) ظاهر (وقوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده) يحتاج الى أن يضم اليه وبوجوده يكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في أول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها

(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت وقع الطلاق ولاشئ عليها عنـد أبى حنيفة وكذا لو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل واحد منهـما الالف اذا قبلا واذا لم يقبلا لا يقع الطلاق والعتاق) ويعـلم من هذا ان الخلاف فى موضعين أحدهما ان المرأة أو العبد اذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند أبى حنيفة ولا معتبر بقبولهما وعندهما يجب على المرأة والعبد المال والثانى انهما اذا لم (٢١٢) يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لم يقعا (لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك على درهم بمنزلة قولهم بدرهم) والخلع معاوضة فتحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كأنه قال أنت طالق بألف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال كأنه قال أنت طالق فى حال ما يجب لى عليك ألف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف ولابى حنيفة رحمه الله أن قوله وعليك ألف جملة تامة من مبتدا وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل فى الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا (لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال) بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض

(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولاشئ عليهما عنـد أبى حنيفة) وكذا اذا لم يقبلا (وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل) واذا لم يقبـل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال

ينتهى الحرب معهم هذا ثم فى قوله ان أعطيتنى يشترط الاعطاء فى المجلس لوقوع الطـلاق وفى قوله إذا أو متى أعطيتنى لا حاجـة الى الاعطاء فى المجلس وهـذا يبين ان معنى المعاوضـة ملاحظ وان ذكر بصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم وأما الثانى وهو اشتراط مجلسها فلانه معاوضـة من جانبها حتى صح رجوعها اذا ابتدأت قبـل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا اضافتها والمبادلات تستدعى جوابا فى المجلس فاذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها إذ ذاك وفى جانبـه هو يمين على ما سنذكره (فرع) قال لاجنبية أنت طالق على ألف ان تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول الا بعد التزوج ولم يحك خلافا فى جوامع الفقه وغيره جعل هذا قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف اذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت والحق قول أبى حنيفة لانه خلع بعـد التزوج فيشترط القبول بعـده (قوله ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف) أو قالت هى أو العبـد طلقـنى أو أعتقـنى ولك ألف ففى ابتـدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ولاشئ له قبـلا أو ردا وفى الثانى يقع اذا أجاب ولاشئ له وقالا لا يقع شئ مالم يقبـلا فاذا قبـلا وقع ولزمهما المال لهما ان هذا الكلام يقع لقصـد المعاوضـة حتى ان قوله للخياط خطه ولك درهم وللحمال احمله ولك درهم يفيدها ويلزم المسمى المعلوم بارادة تسبب الخياطـة والحمل لكنه ترك لاحاطة العلم بارادته وطريقة افادة اللفظ لذلك ان تجعل الواو للحال فعنده الحاصل أنت طالق أو خطه فى حال وجوب الالف لى عليك أو لك على ولا يتحقق هـذا الحال الا بقبوله فعنده يثبت شرط الطـلاق إذ الاحوال شروط فيقـع عقيبـه ولزم المال فان قيل انما عرف ذلك العلم بالمعاوضـة لدلالة الحال عليـه ولا كذلك ههنا قلنا الخلع أيضا معاوضـة وله ان قوله وعليك وقولهـما ولك ألف جملة تامة والاصـل فى الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود ولذا لو قال ان دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال الا بقرينة تفيد مشاركتها فيه كما فى قوله ان دخلت فأنت طالق وعبدى حر فان العتق يتعلق أيضا بالدخول لان قوله وعبدى حر وان كان تاما الا انه فى حق التعليق قاصر لان الخبر الاول لا يصلح خبرا له بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه أن يقول وضرتك ان كان غرضه التعليق لان خبر الاول يصلح خبرا له ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال ومع عدم اللزوم فالكرام يأبون قبول بدلهما أشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الا معاوضة فلا بد فيها من المال حتى لو قال للخياط خطه مقتصرا لزم اذا خاطه أجرة المثـل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقى وهو العطف

(قوله والخلع معاوضة الخ) أقول أى من جهـة المرأة فيـه بحث اذ قد سبق فى أول البـاب ان الخلع يمـين من الجانبـين عندهـما الا أن يكون الكلام الزاميا (قوله لهما ان هذا الكلام الى قوله والخلع معاوضة) أقول كون الخلع معاوضة مسلم الا أن الكلام فى كون هـذا التصرف خلعا فيكون (قوله فتحمل الواو على معنى الباء) أقول فيه بحث (قوله ولهـما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال الى قوله ولا يكون ذلك الا بعد قبولها الخ) أقول اذ الاحوال شروط (قوله ولابى حنيفة رحمـه الله الخ) أقول قال ابن الهمام فالواو باقية على المعنى الحقيقى وهو العطف فيكون الزوج بعد الايقاع عطف أخرى هى دعوى المال عليهما ابتداء انتهى محصل كلامه ان المال فى الصورتين لا يلزم الا بالاقرار أو البينة وهما منفردان هنا اذ القبول ليس باقرار

(بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه) أى دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلا (ولو قال أنت طالق على ألف على انى بالخيار أو على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت) طلقت فالخيار باطل (اذا كان للزوج وجائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار فى الثلاث بطل الطلاق وان أجازت) الطلاق أو لم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق (ولزمها الالف عند أبى حنيفة وقالا الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها الالف لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لان التصرفين) يعنى ايجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين أما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ وأما من جانبها فلأن قبول المرأة شرط تمام اليمين فان يمين الزوج تتم بقبول المرأة فأخذ قبولها حكم اليمين فى عدم احتمال الفسخ (ولابى حنيفة ان الخلع فى جانبها بمنزلة البيع) ألا ترى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما فى البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه وأما فى جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار فى الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ أجيب بان كونه شرط يمين لا يمنع أن يكون تمليكا فى نفسه كمن قال لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدى هذا الآخر حر انه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة أن يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا لان كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو انه تمليك مال

بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه (ولو قال أنت طالق على ألف على انى بالخيار أو على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار فى الثلاث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف) وهذا عند أبى حنيفة (وقالا الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها ألف درهم) لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه فى جانبه يمين ومن جانبها شرطها

فيكون الزوج بعد الايقاع عطف أخرى هى دعوى مال عليهما ابتداء وفى قولهما ولك ألف ايجاب صلة مبتدأة وعدا منهما والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل بخلاف قوله اد الى ألفا وأنت حر لان أول كلامه غير مفيد حكما معتبرا الا بآخره اذ لا معنى لامره بأدائها من غير موجب والقرينة فى حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه أما هنا فأول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر وكذا منهما لانه التماس صحيح كثيرا ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره واعلم ان جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الانشاء وهو ممتنع على ما ذكروه فى الاصول فيجب أن يكون واو الاستئناف وحينئذ ان ادعى انها حقيقة فيه تبادر اليه المنع فيحتاج فى ترجيحه على الحال الى دليل والجواب ان احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل وبأحدهما يلزم المال وبالآخر لا فلا يلزم بالشك على انا نمنع كون جملة أنت طالق انشائية وكذا أنت حر وقدمنا فى باب ايقاع الطلاق الدلالة على انها خبرية والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجع اليه (قوله فقبلت) أى الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار (فالخيار باطل اذا كان للزوج) فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال (وهو جائز اذا كان للمرأة) فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تمضى الايام فاذا كان ذلك وقع ولزمها المال (فان ردت الخيار فى الايام يبطل) الطلاق ولزوم المال (وهذا) التفصيل كله (عند أبى حنيفة) ولا يخفى ان العبارة الجيدة أن يقال فان ردت اختيار الطلاق بأن قالت لا أختار الطلاق وعبارة قاضيخان فان ردت الطلاق (وقالا الخيار فى الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها) وعليها المال (وجه قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد) لانه لم يشرع الا فى عقد لازم كالبيع والكتابة (لا للمنع من الانعقاد والتصرفان أعنى ايجابه وقبولها) لا يحتملان الفسخ من الجانبين) أى لا منه ولا منها (لانه فى جانبه يمين) اذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال (وفى جانبها شرطه) أى شرط هذه اليمين بتأويل الحلف فاذا قبلت كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين اذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ولم يمكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين

(قوله فقبلت طلقت فالخيار باطل اذا كان للزوج) أقول العبارة المرتبة هكذا فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وطلقت والا فقوله جائز عطف على باطل فتأمل كيف يكون المعنى فالاصوب تأخير طلقت عن قوله للزوج حتى لا يلزم المحذور (قوله فان يمين الزوج تتم الخ) أقول فى حق ترتب الاثر (قوله أجيب بان كونه شرط يمين الخ) أقول فيه بحث فانه اذا باع العبد فيما ذكره من الصورة بالخيار يعتق العبد سواء فسخ البيع بعده بحكم الخيار أو لا لوجود شرط اليمين وذلك مراده بعدم قبول شرط اليمين الفسخ فالظاهر منع وجود الشرط اذ الشرط هو القبول الموجب لوجوب الالف عليها وظاهر ان وجوبه بعد سقوط الخيار وهذا مآل كلام الشارح آخرا فليتأمل

ولابي حنيفة ان الخلع فى جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ماوراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما فى جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه و يتوقف على ماوراء المجلس ولا خيار فى الايمان وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشترى) ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه أما البيع فلا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

واذا بطل انبرم ماشرط فيه (وله ان الخلع فى جانبها بمنزلة البيع) يعنى معاوضة (ولذا صح رجوعها) عنه اذا ابتدأت قبل أن يقبل هو (ولا يتوقف على ماوراء المجلس) بالاتفاق بيننا حتى لوقامت فقبل هو أوقامت ثم قبلت فيما اذا كان هو المبتدئ لا يصح ولوذكرنه بصريح الشرط فى الكافى للحاكم أبى الفضل اذا قالت ان طلقتنى ثلاثا فلك على ألف فان فعل فى المجلس فله الالف وان فعله بعده فلا شئ له (وفى جانبه يمين) كما قالا (حتى لا يصح رجوعه) بعد قوله أنت أوهى طالق على كذا أو بكذا (و يتوقف على ماوراء المجلس) فلا يبطل الا أن ينقضى مجلس خطابها أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن يقبل و يصح تعليقه واضافته حتى لوقال اذا جاء غد فقد خالعتك على ألف أوفقد طلقتك على ألف وقبلت فى الغد فى مجلس علمها وقع ولزمها المال ولا يصح قبولها قبل الغد لان نفس الايجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله ولا يصح القبول قبل الايجاب (ولا خيار فى الايمان) فبطل خياره و يصح فى البيع فيصح خيارها وكونه شرط يمينه لا يبطل حقيقته فى نفسه ألا ترى انه لوقال ان بعتك هذا فعبدى حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب و بالخيار بخلاف مالوقال ان دخلت فأنت طالق على انك بالخيار لا يصح لانه خيار فى الطلاق لا معاوضة فان قيل ثبوت الخيار فى البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص فان ثبوته فى البيع لدفع الغبن فى الاموال والغبن فى النفوس أضر والحاجة الى التروى فيه أكثر فانه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبدا وهذا المعنى يقف عليه كل لغوى بعد علمه بشرعيته فى البيع فكان بدلالة النص (قوله وجانب العبد فى العتاق) أى على مال (كجانبها فى الطلاق) فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال أنت حر على ألف على انك بالخيار ثلاثة أيام ﴿ فرع ﴾ من صور تعليق الخلع أن يقول ان دخلت الدار فقد خلعتك على ألف فتراضيا عليه ففعلت صح الخلع ذكره فى علامة السين من التجنيس لان التعليق من الزوج يجوز لانه طلاق وهذا يفيد أن قبولها قبل الشرط وفى الوجيز اذا قال اذا قدم فلان فقد خالعتك على ألف واذا جاء غد الخ كان القبول اليها بعد مجئ الوقت وقدوم فلان (قوله فالقول قول الزوج) أى مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك أمس على ألف اقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه والموجود بعد هذا منه ومنها اختلاف فى وجود الشرط وهى تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر غير مناقض اذ لم يقتض انكاره القبول رجوعه عن شئ مما أقر به والقول للمنكر بخلاف قوله بعتك فانه اقرار بقبول المشترى اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما أقر به فلا يقبل حتى لو كان قال لها بعتك طلاقك أمس فلم تقبلى فقالت بل قبلت كان القول قولها وقوله لعبده أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل و بعتك أمس نفسك بألف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة أخوات فى كتب محمد رحمه الله تعالى هى قال لها قد طلقتك واحدة بألف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بألف فطلقتنى واحدة فلك ثلثها القول للمرأة مع يمينها فان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا فى مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع أو قالت اختلعت بغير شئ فالقول قولها والبينة

(وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق) يعنى يصح الخيار من العبد اذا خيره المولى فى الاعتاق على مال كما يصح الخيار فى الخلع من جانب المرأة (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشترى ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه) فانه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه (والاقرار به) أى باليمين على تأويل الحلف أو المذكور (لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته) أى لصحة اليمين (بدونه) أى بدون الشرط (أما البيع فلا يتم الا بالقبول) ولهذا ملك الرجوع قبل القبول (فالاقرار به) أى بالبيع (اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه) عن الاقرار وهو غير مسموع

بينة

قال (والمبارأة كالخلع) المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة والخلع (كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمبارأة النفقة والسكنى مادامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا (عند أبي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ماسمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة) فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشئ في قول أبي حنيفة وفي قولهما ترجع عليه باربعمائة ولو كانت قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشئ وان كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشئ من المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما واما اذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة

قال (والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة) وقال محمد لا يسقط فيهما الا ماسمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة

بينة الزوج أما اذا اتفقا انها سألته أن يطلقها ثلاثا بألف وقالت طلقتني واحدة وقال هو ثلاثا فالقول قوله ان كانا في المجلس ألا ترى انه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤالها الثلاث بألف كان له الالف فغايته هذا أن يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله وان كان في غير ذلك المجلس لزمها الثلاث وان كانت في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا ثلث الالف وان قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف فطلقتني واحدة فلا شئ لك يعني على قول أبي حنيفة وقال هو بل سألتني واحدة على ألف فطلقتكها فالقول قولها على قول أبي حنيفة رضي الله عنه وان قالت سألتك ثلاثا بألف فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره فقال بل الثلاث فيه فالقول لها وان قالت سألتك أن تطلقني أنا وضرتي على ألف فطلقتني وحدي وقال طلقتها معك وقد افترقا عن ذلك المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس وفي مسئلة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه وهو انه اذا خلع امرأتيه على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجهما عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على ألف أو بألف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى في ذلك المجلس أيضا لزمها أيضا حصتها لأن الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقها بعد ما افترقوا فلا شئ له واذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فاقامت بينة فشهد أحدهما بالالف والآخر بألف وخمسمائة أو اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة وان كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد شاهديه بالف والآخر بالف وخمسمائة والزوج يدعي ألفا وخمسمائة جازت شهادتهما على ألف وان ادعى ألفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره وكذا لا تجوز شهادتهما اذا اختلفا في جنس الجعل أيضا الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل لكلام محمد رحمه الله ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول لها عندنا وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان (قوله والمبارأة كالخلع) بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب وهو أن يقول بارأتك على ألف وتقبل وقوله (يسقطان كل حق الى آخره) مقيد بالمهر والنفقة الماضية اذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منهما وان كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى الا ان اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لانها حق الشرع والطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيأ في الخلع او لا وليس كذلك وجملته انهما اما أن لا يسميا شيأ بان يقول خالعتك فقبلت ولم يذكرا شيأ أو سميا المهر أو بعضه أو مالا آخر فان لم يسميا شيأ ففيه ثلاث روايات احداها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه ان لم يكن مقبوضا والثانية يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواه والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الآخر وهو الصحيح على قول أبي حنيفة سواء كان قبل الدخول أو بعده مقبوضا كان أو لا حتى لا ترجع عليه بشئ ان لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها به ان كان مقبوضا كله والخلع قبل الدخول

(قوله كلاهما يسقط الخ) أقول كلاهما مبتدأ (قوله والنفقة الماضية) أقول المفروضة (قوله سوى الصداق) أقول بالاتفاق

(لمحمد ان هذه) أى كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفى المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب آخر او عين فى

يده لا يسقط بهما شئ من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت من حقوق

لمحمد ان هذه معاوضة وفى المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابى يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نقض النكاح ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابى حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما فى النكاح وأحكامه وحقوقه

وهذا لان المال مذكور عرفا بالخلع حيث لم يصرح به لزم ماهو من حقوق النكاح بقرينة ان المراد الانخلاع منه وان سميا المهر فان كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان مقبوضا ففى القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفا رجع بالف وخمسمائة وفى الاستحسان بالمقبوض فقط لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت مالا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضيخان قيل وينبغى ان لا يجب الا النصف بالشرط ويسقط الباقى بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر حيث لا يجب عليها رد شئ منه وسيأتى وكما اذا سميا بعض المهر فانه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط الباقى بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغى أن يجب كل المسمى بالشرط لان المهر اسم لما صحت تسميته فى العقد غير انه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشتراط المهر له كان قبل الطلاق فينصرف الى تمامه فاذا كانت قبضته ووقع الطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط وان لم يكن مقبوضا ففى القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لانه يستحق قدره بالشرط وهى تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفى الاستحسان لا يرجع عليها بشئ لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فيجب لها ذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا وان سميا بعض المهر بان خالعها على عشره مثلا والمهر ألف فان كان بعد الدخول وكله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقى لها وان كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقى بحكم الخلع وان كان قبل الدخول وكله مقبوض ففى القياس يرجع عليها بستمائة مائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفى الاستحسان يرجع عليها بخمسين لانه عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقى بحكم لفظ الخلع وعلى مابحثناه ينبغى ان يرجع بمائة وان لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشره بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقى بحكم الخلع وان سميا مالا آخر غير المهر فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ماقبضت ولا يجب عليها رد شئ منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا احتجنا الى الخلافية (وجه قول محمد رحمه الله ان هذه معاوضة) وأثر المعاوضة ليس الا فى وجوب المسمى لا فى اسقاط غيره وصار كما اذا وقع بلفظ الطلاق على مال ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر (ولابى يوسف ان المبارأة من البراءة فتقتضى البراءة من الجانبين وانه مطلق) فى كل دين الا أنا (قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض) فان الغرض المبارأة من متعلقاته أما الخلع فانما يقتضى فصلا وانخلاعا وحقيقته تتحقق فى حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الخلع صلح وضع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح

النكاح (ولابى يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة) والمفاعلة تقتضى الفعل من الجانبين وذلك يقتضى براءة كل واحد منهما عن الآخر (وانه) أى لفظ البراءة على ماقيل أو على تأويل المذكور (مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض) وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ماوجب باعتبار تلك الوصلة كذا فى بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام (ولابى حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل) وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه لازمة له وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح (كالمبارأة فيعمل بالاطلاق كما فى المبارأة فى النكاح وأحكامه وحقوقه) قولا بكمال الفصل

ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به وانما تجب بعده شيأ فشيأ

فتمام

(قوله كذا فى بعض الشروح) أقول يعنى شرح تاج الشريعة (قوله ونفقة العدة لم تكن واجبة الخ) أقول جواب سؤال

فتمام تحقق مقصوده بجعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والا عاد على موضوعه
بالنقص لان لفظه ولفظ المبارأة يفيد اطلاقهما ذلك في المبارأة كما قال أبو يوسف ولفظ الخلع يفيد
انخلاع كل منهما عن الآخر دون أحدهما بعينه فانما اذا انخلع أحدهما عن الآخر على وجه الكمال
بان ينخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر
بواجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح
على أن على رواية الحسن عن أبي حنيفة أن الطلاق على مال كالخلع يسقط به ما يسقط بالخلع وبخلاف
دين آخر لان شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا وبخلاف نفقة العدة
فانها ليست من مواجب النكاح بل يحدث وجوب تعلقها بعده حتى لو شرط اسقوطها في الخلع سقطت
باعتبار ما تستحقه وقت الخلع والباقي سقط تبعا في ضمن الخلع أما لو لم تسقطها حتى انخلعت ثم
اسقطت لا تسقط لاسقاطها حينئذ قصدا لما لم يجب فانها انما تجب شيأ فشيأ بخلاف ذلك الاسقاط
الضمني وأما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح اسقاطها بحال الا ان أبرأته عن
مؤنة السكنى بان كانت ساكنة في بيت نفسها أو انها تعطي الاجرة من مالها فانه يصح حينئذ التزامها
ذلك وفي القنية الابراء وجد بعد وجود سبب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قيل ما سبق هو
الصحيح وما ذكره في القنية يبطل بالابراء بعد الخلع فانه لا يصح لكن في الينابيع لو أبرأته عن نفقة
العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكره الطحاوي انتهى بخلاف الابراء منها حال قيام النكاح لان الابراء
من النفقة المستقبلة لا يصح هذا ولقائل أن يقول الوجه الاول يقتضي سقوط المهر بالطلاق
على مال والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لانه يفيد انطلاقها أي المرأة وانطلاقها
عن الزوج يوجب مثله في حقه وتحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال بقطع
مطالبة كل الآخر بمواجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه فالذي يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه
الاول والتزام رواية الحسن عن أبي حنيفة في الطلاق على مال أنه أيضا يسقط المهر كالخلع والا فالحال
ما علمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء أي بأن قال بعتك نفسك بألف فقالت اشتريت اختلف
المشايخ في انه على قول أبي حنيفة رضي الله عنه كالخلع والمبارأة أولا وصحح في الفتاوى الصغرى
انه كالخلع والمبارأة وترجيح قول محمد رحمه الله تعالى بانه عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه
واللفظ وان كان ينبئ عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضيا به فكيف يسقط غيره ذهول عن
التحقيق فانه إذا أنبأ عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى ذلك ان تسقط مطالبة كل الآخر
بالمهر ثم وقع التراضي على ابانته بمال فقد وقع التراضي على اثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك
المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة (تنبيه) لا يسقط المهر بخلع الاجنبي بمال نفسه لانه
لا ولاية للاجنبي في اسقاط حقها ذكره شمس الأئمة وكذا الامة إذا اختلعت من زوجها بغير إذن
المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع في بدل الخلع وفيما اذا
كان بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وأم الولد والمدبرة في الاذن يؤديان من كسبهما (فروع)
اذا شرط بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا
لا يصح وفي المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم يبين المدة وترضع حولين اه بخلاف الفطيم وفي
الخلاصة امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو
عشرا بنفقته صح الخلع ويجب ذلك وان كان مجهولا يعني قدر النفقة وهذا لما علمت ان الجهالة غير
المتفاحشة متحملة في الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان يأخذ قيمة النفقة منها ولها
ان تطالبه بكسوة الصبي إلا ان اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة وان كانت الكسوة

(ومن خلع ابنتـه وهى صـغيرة بمالها لم يجز عليها) لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه أى فى هذا الخلع (لان البضع فى حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث) والبدل متقوم ومقابلة ماليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر فى شئ (بخلاف النكاح) فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض

قال (ومن خلع ابنته وهى صغيرة بمالها لم يجز عليها) لانه لا نظر لها فيـه اذ البضع فى حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهـذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثـل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق فى رواية وفى رواية لا يقع والاول أصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط

مجهولة وسواء كان الولد رضيعا أو فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببـدل الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استأجرها به على امساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفى المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رحمـه الله تعالى فى امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليـه من المهر وبرضاع ولده الذى هى حامل به إذا ولدته إلى سنتين جاز فان مات أو لم يكن فى بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا إذا ماتت هى عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقى السـنين الا ان قالت عند الخلع ان مات أو مت فـلا شئ على فهو على ما شرطت قاله أبو يوسـف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح فى الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عنـدها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك الولد فى تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شئ يصح ولو خالعتـه على نفـقة ولده عشرا وهى معسرة فطالبته بنفـقته يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليـه الاعتماد لا على ما أفتاه بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها بما لها عليه من المهر ثم تذكر أنه لم يبق عليـه شئ من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ومثـله لو خالعها على عبدها الذى لها عنـده أو متاعها ثم ظهر ان ليس فى يده شئ وقع على مهرها فان لم تكن قبضته سقط وان قبضته ردته أو مثله أو قيمته ولو خالعها بمهـرها وهو يعلم ان ليس لها عليه مهر وقع بائنا مجانا ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعـلم انه لا مهر لها وقع رجعيا مجانا (قوله لم يجز عليها) يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كأن الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عـدم لزوم المال بعـد وقوع الطلاق فلما صرح بأن الاصح وقوعه تعين أن المراد الثانى وهـذا لانه لا نظر لها فيـه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبـدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غـير متقوم لا يجوز لانه فى معنى التبرع بمالها (قوله بخـلاف النكاح لان البضع متقوم عنـد الدخول) فـلو زوج ابنه الصـغير بمهر المثـل جاز عليـه ولزم المهـر فى مال الابن لانه أعطى المتقوم من ماله بمتقوم (قوله ولهـذا يعتبر خلع المريضـة) متصل بكون البضع غـير متقوم حالة الخروج وقدمنا فى أول البـاب ان الواجب للزوج ان ماتت فى العـدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخـرج من الثلث وان لم يخرج فـله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت فى العدة فان ماتت بعـدها أو كانت غـير مدخول بها فـله بدل الخلع ان خرج من الثلث (قوله ونكاح المـريض الخ) متصـل بانه متقوم حال الدخول (قوله والاول أصح) نص عليـه فى المنتقى ووجهـه ما ذكر من انه تعليق بقبول الاب وقـد وجد الشرط وما ذكر فى وجـه الرواية الاخرى من ان الاب لما لم يضمن المال صار كأنه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل من ان الخلع فى معنى اليمين والايمان لا تجرى فيها النيابة فالملازمـة الاولى ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غـير صحيح بل مجـرد الشرط وشرط اليمين يصح من

بمهر المثـل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهو من وجوه النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحـق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق أو لا يقع فيـه روايتان فى رواية يقع وفى أخرى لا يقع ومنشأ الروايتين قول محمد فى الكتاب لم يجز فانه يحتمل ان ينصرف الى الطـلاق وان ينصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعـدم الجـواز منصرف الى المال نص عليـــه فى المنتـقى فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خـالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت أو قالت الصـغيرة لزوجها اخلعنى على مهرى ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره المصـنف فقال (والاول أصح لانه تعليـق بشرط قبوله) أى قبول الاب فيعتـبر بالتعليـق بسائر الشروط مثل أن يقول ان دخلت الدار وغيره وفى ذلك يقع اذا وجـد الشرط فـكذلك اذا وجـد القبول ووجـه الرواية الاخـرى ان الخلع فى معـنى اليمـين والايمان لا تجرى فيها النيابة ولو انعـقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين يصح من كل واحد

(قوله وقع الطلاق بغير بدل) أقول فكذا هذا

(وان خالعها على ألف على انه) أي الاب (ضامن فالخلع واقع والالف عليه) أي على الاب ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها أحد ووجه ذلك ما ذكره (ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح) لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه (فعلى الاب أولى) وذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذا التصرف من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك أولى وفيه تأمل فان التصرف في مال الصغير إنما يؤثر في الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك وكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر أو نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان التزام بدله من الاجنبي صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها أولى فان قلت على ما ذكرت من كون الاجنبي في معنى المرأة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال على

الاجنبي كما يصح على ماله عليه لانه لا يدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت تحصل للعبد حرية نفسه التي هي حياة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك لا يقال في الخلع أيضا تحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الاجنبي كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شيء بخلاف العتق (قوله ولا يسقط مهرها) يعني وان كان الخلع يسقطه (لانه لم يدخل تحت ولاية الاب) لانه ليس من النظر ولاية نظرية وقوله (وان شرط الالف) يعني ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة (توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) بأن تعقل العقد وتعبر عن نفسها (فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من أهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه) أي في هذا القبول (روايتان) في رواية يصح لان هذا نفع محض للصغيرة لان الصغيرة تتخلص من عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط فخر الاسلام وفيه نظر وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة

(ون خالعها على ألف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب أولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب (وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول فان قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لانها ليست من أهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

من كل أحد هذا اذا قبل الاب فان قبلت وهي عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ وان قبل أبوها أو أجنبي روى هشام عن محمد رحمه الله انه يقع وروى الهندواني عن محمد انه لا يقع ولو بلغت فأجازت جاز (قوله على انه) أي الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها (فالخلع واقع) سواء خلعها الاب على مهرها وضمنه أو ألف مثلا (فيجب الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب) وانه يملك التصرف في نفسها ومالها بالاقراض والايداع والاجارة والابضاع (أولى) بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والاب مثلها في انه لم يحصل لهما شيء بخلاف العبد فانه حصل ما ذكرناه والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا أن البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسدها (ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب) فاذا بلغت تأخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن أو ترجع هي على الاب ولا يرجع هو على الزوج ولو كان المهر عينا أخذته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الاب الضامن قيمته (قوله وان شرط) أي لو شرط الزوج الالف عليها (توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) بان تكون مميزة وهي أهلية المرأة لقبول بدل الخلع ان شرط بان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب

(قوله وان خالعها على انه) أي الاب ضامن الخ أقول فيه بحث فان المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجود الشرط كما تقدم وهنا لم يوجد الشرط لان وجوده بوجود الالف ولم يوجد بقبوله وجوابه ان هذا مثل الخلع على ما في يدها فان الاب لم يكن غارا له اذ الجهل ليس بعذر تأمل ومن المعلوم انه لا يجب في مالها شيء في أمثاله (قوله كما يصح على ماله عليه) أقول ضمير عليه راجع الى العبد (قوله وفيه نظر) أقول لعل وجهه ان النكاح من عوالي النعم على ما تقدم فكيف يكون زواله نفعا محضا بل غاية الامر ان يكون مشوبا بالنفع والضرر دائرا بينهما (قوله وذلك مما لا يحتمل النيابة) أقول وقد مر جوابه

(وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهرَ) لوجود الشرط وهو القبول وليست من أهل الغرامة (وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين) فى رواية يصح وفى أخرى لا يصح ووجه الروايتين ماذكرناه آنفا (وان ضمن الاب المهر) أى التزم بمعنى اذا خالع الاب مع الزوج والتزم المهر على ذمته (وهو ألف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا) لان فرض المسئلة فيما اذا كانت غير ملموسة وكان المهر ألفا فأضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح فى الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكأنه خالعها على خمسمائة صريحا (وفى القياس يلزمه الالف) بحكم الضمان واعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو ألف درهم اذا صح لا يخلو من أحد الامرين اما أن تكون مدخولا بها أولا فان كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان ألف درهم وان لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لان النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب ألف درهم بحكم الضمان فى القياس وأما فى الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الآخر الذى ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم تقبض المهر وأما اذا قبضت المهر كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود (وأصل هذه المسئلة فى الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف) ولم تقبض شيأ (فالقياس أن يجب عليها خمسمائة) للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة وسلامته لان لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتميما للالف التى التزمتها (وفى الاستحسان لاشئ عليها) لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شئ زائد على ذلك وأما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الالف وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفى الاستحسان ترد الالف لاغير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وقوله (زائدة) بالجر لان الصفة تتبع المضاف اليه فى الاعراب كما فى قوله تعالى سبع بقرات سمان كذا فى النهاية وقال هكذا أفاد شيخى مرارا والله أعلم

(وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر) وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين (وان ضمن الاب المهر وهو ألف درهم طلقت) لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفى القياس يلزمه الالف وأصله فى الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففى القياس عليها خمسمائة زائدة وفى الاستحسان لاشئ عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من أهل الغرامة اذ البينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال ألا يرى الى بينونتها بدونه فيما اذا سمت خمرا ونحوه وان قبله الاب بدونه عنها ففى وقوع الطلاق روايتان فى رواية يصح لانه نفع محض اذ تتخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة وفى أخرى لا يصح لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح (قوله وكذا ان خالعها) أى خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ماقلنا آنفا فان قبلت وقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تأويل المسئلة أن يخالعها على مال مثل مهرها أما على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لاعينه وضمان الاب إياه صحيح ثم ينظر ان كان مهرها ألفا والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب لزم خمسمائة وفى القياس يلزمه الالف وأصله ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه فى القياس يجب خمسمائة لانه وجب له عليها ألف بالشرط وهى وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فبقى عليها خمسمائة له وفى الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شئ لان المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب له خمسمائة بالشرط وتبرأ عن الباقى بحكم الخلع هذا على خلاف ماذكره قاضيخان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب أن يقول اذا خلعها على مهرها وهو ألف لا كما قال على ألف ومهرها ألف فانه اذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير أنما تفق انه مثل المهر ولا أثر لذلك والحكم فيه اذا كان قبل الدخول وجب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا

(قوله فان كانت فلها على الزوج الخ) أقول أى ان كانت مدخولا بها (قوله وان لم تكن الخ) أقول أى ان لم تكن مدخولا بها

وسلامته لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشئ كما قدمناه فى التقسيم واذ قد وقع الكلام فى خلع الاجنبى فلابد من ذكر نبذة منه واعلم ان الاجنبى اذا خاطب الزوج فاما أن يضيف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه اياه أو يرسله أو يضيفه الى غيره فان أضافه الى نفسه كذلك بان قال اخلعها على عبدى هذا أو ألفى هذه أو على ألف على أو على انى ضامن ففعل فالخلع واقع والمسمى عليه فان استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا الى قبوله بل يكفى الامر منه لان الواحد يتولى طرفى الخلع كما فى النكاح بخلاف ما لو قال اختلعت نفسك منى فقالت فعلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج والمختار انه يصح ان أراد به التحقيق دون السوم فان قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبى وسيد الامة المنكوحة لعبد أو حر فانه اذا خلعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الامة حتى تباع فيه لظهور الدين فى حق السيد فالجواب ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها إلا ان السيد التزم خصوص الاول فاذا فات عاد اليها وهو ظاهر فى حق السيد فتباع فيه الا أن يفديها واذا بيعت ان كان عليها دين بدئ به لان دين الخلع أضعف أما لو خلعها على رقبتها وهى تحت عبد صح فلو ضمن المولى الدرك فى جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده ولان القبول انما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع الطلاق وان أرسله بان قال على ألف أو على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى أحد فان قبلت لزمها تسليمه أو قيمته ان عجزت وان أضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل أضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتى على عبدك لان العبد أضيف اليه ولو كان الزوج قال لها اخالعك على عبد فلان أو قالت هى اخلعنى على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هى الداخلة فى العقد ولو قالت اخلعنى على ألف على ان فلانا ضامن فأجاب فالخلع معها لانها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله ولو وكلت من يخلعها بالف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد فى الخلع ترجع الى من عقد له لا الى الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه وان أدى يرجع عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه ففائدة أمرها به الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فأدى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بأمره فان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك انكاحه بغير أمره والصلح عن دم العبد كالخلع فى جميع ما ذكرنا ﴿فروع﴾ تتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وأبى الدرداء وسعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهرى والنخعى والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثورى وعند مالك والشافعى وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق فى قوله نسائى طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التى يقع بها الرجعى مثل اعتدى استبرئى رحمك أنت واحدة ينوى الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد رحمه الله لهم ما روى انه صلى الله عليه وسلم قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت فى العدة ويروى عن ابن عباس ولنا ما رواه أبو يوسف باسناده فى الامالى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة وحديثهم لا أصل له ذكره سبط ابن الجوزى فى ايثار الانصاف امرأة قالت خلعت نفسى منك بألف ثلاث مرات فقال الزوج رضيت أو أجزت كان ثلاثا بثلاثة آلاف ولو خلع أمته على رقبتها وزوجها عبد أو مدبر أو مكاتب صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها أى ملكها الزوج به فيبطل النكاح ومتى بطل النكاح بطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه بطل البدل وبقى لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر أمتان دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع فى التى خلع على

رقبتها وهي الصغرى لانه أمكن تصحيح الخلع على الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لا في الصغرى لان الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فتقسم الصغرى على مهريهما لانه جعلها بدلا عن طلاقهما فما أصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما أصاب الصغرى بقي للمولى ولو خلع كلا منهما على رقبة الاخرى طلقتا مجانا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شئ من البدل امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت أحدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة فلو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفان ﴿قاعدة﴾ في الطلاق على مال الاصل انه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما اذ ليس أحدهما بصرف البدل اليه أولى من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على أن المال بمقابلة الثاني وان شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة لانها انما تلتزمه لتملك نفسها فلو قال لها أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بالف أو قال على انك طالق غدا بالف أو قال اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة في الحال وغدا أخرى بغير شئ الا أن يعود ملكه قبله لانه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة الى الغد وذكر عقيبهما مالا فانصرف اليهما ألا يرى انه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف اليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة فاذا جاء غد تقع أخرى لوجود الوقت المضاف اليه ولا يجب شئ لان شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجئ الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية أو بائنة أو بغير شئ على انك طالق غدا أخرى بألف يقع في الحال واحدة مجانا وغدا أخرى بألف لتعذر الصرف اليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال الا أن في قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال طالق ثلاثا للسنة بألف فقبلت يقع في الطهر الاول واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني أخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع أخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه أعلم ﴿فروع﴾ لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الائمة انه يبرأ كل عن صاحبه وقال خواهر زاده هذه احدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو الصحيح فان لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهم جميعا الا اذا شرطا في الخلع نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي أعني ردها المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهر زاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كأنه قال طلقي نفسك بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكى عنه من ردها ما ساقه اليها من الصداق اذا كان مقبوضا اذ لم يجعل كأنه قال طلقتك بائنا فهذا مذكور في غير موضع ذكر في التجنيس اذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه وبين ما اذا قال اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بأن قوله اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج بخلاف اشتري نفسك لانه أمر بالخلع الذي هو معاوضة اذا لم يكن البدل مقدرا فان قدره بأن قال بمهرك ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقل

الزوج خلعت وفى رواية كتاب الوكالة يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح وأما الجواب عن الاشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما اذا لم ينوبه كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه الا بموجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا أن ينوى خلافه ويدل على هذا ما فى المنتقى قال أبو يوسف اذا قال لها اختلعى نفسك فقالت قد خلعت نفسى لا يكون خلعا الا على مال الا أن ينوى بغير مال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال خالعتك ينوى به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا تصادقا على عدم النية ومما أوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفى المال كما اذا قال اختلعى منى بغير شئ فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفى المال نقله عن محمد الفضلى والطلاق بائن وعلى ماذكرنا من أن حقيقته ما فيه المال لو قال لاجنبى اخلع امرأتى لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعى على مال أو بما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على ألف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك أو نحو أجزت فرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعى نفسك منى بألف والباقى بحاله حيث يتم والفرق ان التعويض فى المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستزيدا مستنقصا وهذا مفقود فى الثانية فلو لم يصح انما لا يصح لمضادة الحقوق وحقوق الخلع لا ترجع الى الوكيل اذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهى لا تعلم معناه أو لقنها أبرأتك من نفقة العدة قيل يصح والاصح انه لا يصح لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه اسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما تقع قال أبرئينى من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت أبرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال فى فوره طلقتك وهى مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض واذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت فى العدة لانها لم تكن لها حقا حال الخلع فقد ظهر ان تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ ذاك وبعض الشافعية لا يصحح هذا للجهالة وهذا عندنا عموم لا اجمال ولو تزوجها على ألف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على ألف أخرى ثم اختلعت منه على مهرها لم يبرأ الزوج الا من الثانى دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر انه وكيل لامرأته فى خلعها فخلعها على ألف فأنكرت التوكيل فان كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل وان لم يكن ضمن فان صدقه الزوج على أنها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لانه ظهر أن الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج باع منه تطليقة بألف قال الصفار يقع الطلاق ضمن له المهر أو لا لان لفظة الشراء لفظة الضمان وقال أبو بكر الاسكاف هذا والخلع سواء وعليه الفتوى ولو ادعى رجل الرسالة عن امرأة الرجل اليه فى أن يطلقها أو يمسكها فقال الزوج لا أمسكها بل أطلقها فقال الرسول أبرأتك من جميع ما لها عليك فطلقها فأنكرت المرأة الابراء والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها أو وكالتها اياه لذلك وقع وهى على حقها وان لم يدع فان كان الرسول قال أبرأتك من حقها عليك على أن تطلقها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالمهر موقوف على اجازتها وان لم يقل على أن تطلقها فالطلاق واقع وهى على حقها وهذه فى أمر الحكمين لما كان سبب الخلع المشاقة وجب ذكر أمر الحكمين فيه وهو منصوص عليه فى كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين أيضا وقيل الضميران للزوجين والاولى أن يكون الحكمان من أهليهما كما ذكره الله تعالى وانما كان أولى لانهما أخبر بباطن أمرهما وأشفق عليهما وبه قال

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في أول كل باب منها ويحتاج الى وجه تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه أقرب الى الاباحة من سبب اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحته يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقا بنسب أو رضاع أو مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر فلانة وهي بأم المزني بها أو ابنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمرأة من نسائنا وركنه قوله لامرأته أنت علي كظهر أمي أو ما قام مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء أصل الملك الى غاية الكفارة

باب الظهار

الشافعي وأحمد وقال مالك يشترط كونهما من أهليهما الا أن لا يوجد من أهليهما من يصلح لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح وأحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وأبي ثور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل وهو قول الاوزاعي واسحق وروى عن عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم أن يطلق ولا يبرئ من مالهما فكيف يفعل ذلك نائبه وفي أحكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع أمرها الى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها وأيهما كان أظلم رده الى السلطان فأخذ فوق يده كالعنين والمجبوب فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما أن يجمعا ولا أن يفرقا بغير أمرهما وما زعم اسمعيل المالكي من أن أبا حنيفة وأصحابه لم يعرفوا أمر الحكمين اخبار بالنفي لعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال ان الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية لقبول قولهما عليهما والحكمان عضيان أمر الزوجين فاذا قصدا الحق وفقهما الله عز وجل للصواب اذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكل ما ورد عن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم ينصوا على أنه جائز بغير رضا الزوجين وهذا لانه غير جائز لهما أن يطلقا امرأة الغير بغير اذنه ولا أن يدفعا مالا بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه ولا حق للزوج في مالها قال تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه والحكمان انما بعثا للصلح وليعلما الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه فاذا لم يقبل أعلما الحاكم ليدفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال ومصلحان في حال اذا فوض الامر اليهما وقول من قال انهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا وليس ما روى عن علي رضي الله عنه شاهدا في ذلك

باب الظهار

مناسبته بالخلع ان كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه أكمل في باب التحريم اذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقائه والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح أن يراد به معان مختلفة ترجع الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاغراض فيقال ظاهرت أي قابلت ظهرك بظهره حقيقة واذا غايظته أيضا وان لم تدابره حقيقة باعتبار ان المغايظة تقتضي هذه المقابلة وظاهرته اذا نصرته باعتبار انه يقال قوي ظهره اذا نصره وظاهر من امرأته واظهر وتظاهر واظاهر وظهر وتظهر اذا قال لامرأته أنت علي كظهر أمي وظاهر بين ثوبين اذا لبس أحدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الآخر ظهر الثوب وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا أيضا وانما عدي بمن مع انه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لانه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن فكظهر أمي أي كبطنها بعلاقة المجاورة ولانه عموده لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من النكات وقيل خص الظهر لان اتيان المرأة من ظهرها كان حراما فاتيان أمه من ظهرها احرم

باب الظهار

(قوله وانما قيد بقوله اتفاقا الى قوله فانه لا يكون مظاهرا) أقول في الخانية خلافه (قوله وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار الخ) أقول فيه بحث فتأمل ثم قوله وهو النشوز بناء على الغالب

أحرم فكثر التغليظ وفى الشرع هو تشبيه الزوجة أو جزء منها شائع أو معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التأبيد ولو برضاع أو صهرية وزاد فى النهاية قيد الاتفاق احترازا عما لو قال أنت على كظهر فلانة وفلانة أم من زنى بها أو بنتها لم يكن مظاهرا وسنذكر ما هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر أو غيره مما لا يحل النظر اليه وانما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لانه كان الاصل فى استعمالهم وشرطه فى المرأة كونها زوجة وفى الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمى كالصبى والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه حرمة الوطء ودواعيه الى وجود الكفارة واختلف فى سبب وجوبها فقال فى المنافع تجب بالظهار والعود لان الظهار كبيرة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة أو المغلب فيها معنى العبادة ولا يكون المحظور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذى هو امساك فيكون دائرا بين الحظر والاباحة فيصح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة وقيل سبب وجوبها العود والظهار شرط ولفظ الآية يحتملهما وهى قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الى آخره فيمكن حمل ترتيبها عليهما أو على الاخير لكن اذا أمكن البساطة صير اليها لانها الاصل بالنسبة الى التركيب فلذا قال فى المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء والظهار شرط وهو بناء على ان المراد من لفظ العود فى الآية العزم على الوطء واعترض بأن الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على انه العزم على اباحة الوطء بناء على ارادة المضاف فى الآية أى يعودون الضد ما قالوا أو لتداركه نزل القول منزلة المقول ويرد عليه ما يرد على ما قبله وهذا بناء على عدم صحة ارادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود للحديث بين الذين يرون منهما فان ظاهرهما عدم تعلقهما بتكرره ويرد ان بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه فى المبسوط حتى لو أبانها أو ماتت بعد العزم لا كفارة عليه قال فهذا دليل على انها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا أراد رفعه وجب عليه فى رفعه الكفارة عندنا كما نقول لمن أراد الصلاة النافلة يجب عليك ان صليتها ان تقدم الوضوء وعند الشافعى رحمه الله هو سكونه بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها ورد بان شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الامساك عن طلاقها جناية وأيضا فقد يكون الامساك عن طلاقها للسعى فى أمر الكفارة وتحصيلها أو للتروى فى طلاقها أو التكفير فلا يكون بمجرده بعد الظهار جناية فلا ينتهض سببا للكفارة واعلم ان هذه الحرمة لا ترفع الا بالكفارة لا بملك ولا بزوج ثان حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر أو كانت أمة وملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيهما وللمرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضى أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس فان أبى ضربه ولا يضرب فى الدينى ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وألفاظه صريح وكناية وستأتى وسبب نزول شرعيته قصة خولة أو خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجى أوس ابن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلنى فيه ويقول اتقى الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله الى الفرض فقال يعتق رقبة فقلت لا يجد فقال يصوم شهرين متتابعين قلت يارسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فيطعم ستين مسكينا قلت ما عنده شئ يتصدق به قال فانى سأعينه بعرق من تمر قلت يارسول الله وانى سأعينه بعرق آخر قال قد أحسنت قال فاذهبى فأطعمى بهما عنه ستين مسكينا وارجعى الى ابن عمك قال والعرق ستون صاعا رواه أبو داود وقيل هو مكيال يسع ثلاثين صاعا

(اذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا والظهار كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح) وبيان ذلك ان أحدهم فى الجاهلية اذا أراد أن يطلق امرأته جعلها فى التحريم على نفسه كالمواضع التى لا يطلع عليها من أمه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا موضعا أحسن فى الذكر ولا أستر من الظهر مع اصابة المعنى الذى أرادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته فى بعض ما أمرنى به فقال أنت على كظهر أمى ثم خرج فجلس فى نادى قومه ثم رجع الى فراودنى عن نفسى فقلت والذى نفس خولة بيده لا تصل الى وقد قلت ما قلت حتى يقضى الله ورسوله فى ذلك فوقع على فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيرانى فأخذت ثيابا فلبستها وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فجعل يقول لى زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسنى اليه فجعلت أشكو الى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحى فلما سرى عنه قال أنزل الله فيك وفى زوجك بيانا وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله الى آخر آيات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شئ يا رسول الله فقال إنا سنعينه بعرق فقلت وأنا أعينه بعرق أيضا فقال افعلى واستوصى به خيرا وقال علماؤنا المراد من العود هو العزم على الجماع الذى هو امساك بالمعروف وقال الشافعى المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار (قوله وهذا) اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه ان الظهار جناية لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع والزور هو الكذب والباطل والجناية تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة (ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كى لا يقع فيه كما فى الاحرام) وقال الشافعى لا تحرم الدواعى لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس فى القرآن كناية عن الجماع وأجاب صاحب الاسرار بأن التماس حقيقة فى المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز (بخلاف الحائض والصائم) حيث لا تحرم الدواعى فيهما (لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى أفضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام) وسيأتى فى كتاب الكراهية فان قيل لما كثر وجودهما كان ادعى الى شرع الزاجر من الظهار فلم انعكس الامر أجيب بأن أوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن أوقات الطهر والافطار أكثر فلما كثر أوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة فى الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر لان ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع و بفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر

واذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا والظهار كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كى لا يقع فيه كما فى الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى يفضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام

قال أبو داود وهذا أصح وفى الحديث ألفاظ أخر ورواه ابن ماجه وغيره (قوله اذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه) وعند محمد للظاهر أن يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا اذا قال أنت منى كظهر أمى أو أنت عندى أو معى وكذا اذا قال أنا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى ألحق لفظ المشيئة لا يثبت فلو قال أنت على كظهر أمى ان شاء الله تعالى لم يلزمه شئ ولو قال ان شاء فلان فالمشيئة اليه (قوله وهذا) أى ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة (لانه) أى الظهار (جناية) كبيرة محضة (لكونه منكرا من القول وزورا) بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة (قوله ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه) تفيد هذه العبارة ان هذا هو الاصل اذ طريق المحرم محرم وعلى هذا استمر فى الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه فى الصوم والحيض فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل احدى نسائه وهو صائم وفى حديث عائشة رضى الله عنها كان يأمرنى أن أتزر فيباشرنى وأنا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق

(قوله وقال الشافعى لا تحرم الدواعى) أقول أى فى قول (قوله وأجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة فى المس باليد) أقول الاولى ترك قوله باليد فان المس لا يختص بها فيكون عاما للجميع من التقبيل وغيره

(فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شئ عليه غير الكفارة الاولى ولا يعود حتى يكفر) لقوله عليه السلام للذى واقع فى ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه

الفرق شرعا بين هذه الامور ولينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضى الفرق تحريم الدواعى فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهرى والاوزاعى والنخعى وقول الشافعى ورواية عن أحمد لان حرمة الوطء نصا بقوله تعالى من قبل أن يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره أو تحليلها كما قال الشافعى وأحمد فى قولهما الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعى فى الصوم والحيض لكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعلى كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعى وعن كثرة وقوع الضدين الظاهرين فى كثرة وجود الجماع ينتفى لزوم شرع الزاجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعى بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام لا تكثر بالنسبة الى كل شخص فاستمر على الاصل وتقدم له فى الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم فى حرمة الدواعى فيه لا فى الصوم بأن الجماع محظور الاعتكاف والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وقد ربما حاصله ان الفرق الفرق بين التحريم الثابت فى ضمن الامر والتحريم الثابت بالنهى لما كان الثانى أقوى بسبب ان النهى تناوله مقصودا فتعدى الى الدواعى بخلاف الثابت فى ضمن الامر فانه لم يتعلق به نهى أصلا بل طلب شئ يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتأديته إلى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد الى دواعيه فافترق الحال بينهما وبين الاستبراء والاحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهى قال تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد ولا رفث ولا فسوق نفى مستعار للنهى لتأكيده وقال صلى الله عليه وسلم الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وقال تعالى فى الاخيرين فاعتزلوا النساء فى المحيض ثم أتموا الصيام ولما كان هذا يقتضى عدم حرمة الدواعى لان المذكور فى الآية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المأمور به وهو الكفارة قبل التماس مع انه يقتضى حرمة الدواعى فى الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهى حتى انهم لم يمثلوا للنهى عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموه الا منهيا عنه وهو صحيح لان النهى للنفس طلب الترك عدل إلى ماذكر والتحقيق ان الدواعى منصوص على منعها فى الظهار والمذكور فى وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكر أما كونها منصوصا على منعها فان قوله تعالى من قبل أن يتماسا لا موجب فيه للعمل على المجاز لامكان الحقيقة ويحرم الجماع لانه من أفراد التماس فكل من القبلة والمس والجماع افراد التماس فيحرم الكل بالنص وظهر فساد قول المخالف والله سبحانه أعلم (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما حملك على هذا قال رأيت خلخالها فى ضوء القمر وفى لفظ بياض ساقيها قال فاعتزلها حتى تكفر ولفظ ابن ماجه فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن لا يقربها حتى يكفر قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب ونفى كون هذا الحديث صحيحا رده المنذرى فى مختصره بأنه صححه الترمذى ورجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذى عن ابن اسحق الى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب وأما ذكر الاستغفار فى الحديث فالله أعلم به وهو فى الموطأ من قول مالك ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل أن يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك أحسن ما سمعت (قوله فلو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه) لانه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور

(فان وطئها قبل أن يكفر استغفر الله ولا شئ عليه غير الكفارة الاولى) أى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطء حتى يكفر لما روى ان سلمة بن صخر البياضى قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امرأتى ثم أبصرت خلخالها فى ليلة قمراء فواقعتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله (ولو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه)

قال وهذا اللفظ لايكون الاظهارا لانه صريح فيه (ولونوى به الطلاق لايصح) لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به (واذا قال أنت على كبطن أمى أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر) لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق فى عضو لايجوز النظر اليه (وكذا اذا شبهها بمن لايحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة) لانهن فى التحريم المؤبد كالام (وكذلك اذا قال رأسك على كظهر أمى أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك أو بدنك) لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم فى الشائع ثم يتعدى كما بيناه فى الطلاق

تمام حكم الحادثة فلا يجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصرى والنخعى (قوله وهذا اللفظ) أى قوله أنت على كظهر أمى (لايكون الاظهارا وان نوى به الطلاق) أو الايلاء أو قال لم أنو شيأ لانه صريح فيه وانما اليه اتباع للمشروع لاتغييره وهذا يعم ماقلنا وما فى الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال أردت به الخبر عن الماضى كذبا لايصدق فى القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لايستلزم نفى صحة ارادته به احتاج الى الجواب ويصلح ماتقدم من قوله وانما اليه اتباع المشروع لاتغييره أن يكون جوابا وهو كلفظ أنت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح أن يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى التحفة (قوله ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة) اللام فيهما للعهد أى المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التأبيد لانهما المعهودتان فيما سبق من ذكرهما (قوله وهذا المعنى) يعنى تشبيه المحللة بالمحرمة (يتحقق فى التشبيه بعضو لايحل النظر اليه) على التأبيد لما كان الظهار كلاما تشبيهيا مشتملا على المشبهة والمشبه بها وجب اعطاء ضابطهما ففى المشبهة أن تذكر هى أو جزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل فى الطلاق والنصف والثلث فى الاول وفى المشبه بها أن تذكر هى أو عضو منها لايحل النظر اليه على التأبيد الا أن مع ذكرها ينوى كما سيأتى اذا عرفت هذا فعبارته أعنى قوله وكذا اذا شبهها بمن لايحل له النظر اليها الى قوله مثل أخته وعمته وأمه من الرضاع ليست جيدة لان ظاهرها حرمة النظر الى هؤلاء من الرضاعة وانما المعنى اذا شبهها بجزء لايحل النظر اليه فلو قال أنت على أو رأسك أو وجهك أو رقبتك أو فرجك أو نصفك أو ثلثك أو سدسك كظهر أمى أو خالتى أو أم زوجتى أو كفرجها أو بطنها أو فخذها أو أليتها كان مظاهرا ولو قال يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو حنبك أو ظهرك كظهر أمى أو فرجها الى آخر ماذكرنا لم يكن مظاهرا لانتفائه من جهة المشبهة ولو قال أنت على أو رأسك الى آخر ماقلنا كيد أمى أو جنبها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من جهة المشبه بها لان هذه الاشياء مما يجوز النظر اليها ومسها بغير شهوة وكذا لو قال يدك أو رجلك الخ على كيدها أو كرجلها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من الجهتين واذا أحكمت ملاحظة الاصلين أخرجت فروعا كثيرة عن تفريق ماجمعناه مثل فرجك كفرج أمى فرجك كفخذ أمى يكون ظهارا بطنك كفرجها لايكون ظهارا ووجه الاعتبار فى المشبهة بكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه فى الطلاق لان المحرمة هنا كالمطلقة هنالك وقد بيناه هنالك وفى المشبه بها بكون العضو مما لايحل النظر إليه من المحرمة ماذكره بقوله لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه فى أول هذا البحث (قوله لانهن) أى أخته وعمته وأمه من الرضاع

قال وهذا اللفظ) هذا اشارة الى قوله أنت على كظهر أمى يعنى هذا اللفظ لايثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق أو الايلاء أو قال لم أنو به شيأ يكون ظهارا (لانه) أى كونه طلاقا (منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به) لان فى ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك (ولو قال أنت على كبطن أمى أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة) اللام فى المحللة والمحرمة للعهد أى المحللة نكاحا لابملك اليمين بالمحرمة تأبيدا لاتوقيتا (وهذا المعنى) أى التشبيه (يتحقق فى عضو لايجوز النظر اليه) كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها وقوله (وكذا إذا شبهها بمن لايحل له النظر اليها) ظاهر (وان قال رأسك على كظهر أمى أو فرجك أو وجهك أو رقبتك كان مظاهرا) لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة (ولو قال نصفك أو ثلثك أو ربعك كظهر أمى كان مظاهرا لان الحكم يثبت فى ذلك الجزء أولا ثم يسرى الى سائر البدن كما بيناه فى الطلاق)

(قوله لان فى ذلك تغيير موضوع الشرع) أقول وعدم كونه ايلاء يعلم من قوله لان فيه تغيير موضوع الشرع قال المصنف (وكذا اذا شبهها بمن لايحل له النظر) أقول قال ابن الهمام مقتضى العبارة أن لايحل النظر الى اخته وغيرها وليس كذلك وانما المعنى بجزء لايحل النظر اليه اه فاستعمل من بمعنى ما ومن فى من محارمه للتبعيض قال الاتقانى أى اذا شبه امرأته بمن لايحل للرجل النظر الى هذه الاشياء الظهر والبطن والفرج والفخذ على التأبيد من سائر المحارم اه فعلى هذا تخلو الصلة عن العائد الا أن يقال المضاف مقدر أى لايحل النظر الى أعضائها المعهودة قال المصنف (على التأبيد) أقول قال تاج الشريعة احترز به عن المطلقة ثلاثا وكذلك كل من كانت حلالا ثم حرمت عليه مثل أم امرأته اه لكن اذا شبهها بها يكون مظاهرا

في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله أنت علي كظهر عمتك أو أختك لان حرمتها ليست على التأبيد بل موقتة بانقطاع عصمته لها ثم المراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التأبيد ولو قال كظهر مجوسية لا يكون ظهارا ذكره في الجوامع لان التأبيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرهما لا يقال يرد على اشتراط تأبد الحرمة مالو ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى أنت علي مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها او بعد التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التأبيد لان ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن قوله لها أنت علي كظهر أمي لان تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال أنت علي مثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي التحفة لو شبه بامرأة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حالة أخرى مثل أخت امرأته ومثل امرأة لها زوج أو مجوسية أو مرتدة لم يكن مظاهرا لان النص ورد في الام وهي محرمة على التأبيد وقد علمت أن هذه كنايات فلا تكون ظهارا ولا إيلاء إلا بالنية وبعد اشتراط تأبيد الحرمة هل يشترط الاجماع عليها شرطه في النهاية لتخرج أم المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بهما لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه فمنهم من قال عند أبي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد ينفذ خلافا لابي يوسف ومنهم من قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها أولا بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أولا وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع أو النص الغير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا يختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال لو قبل امرأة أو لمسها بشهوة ثم شبه امرأته بنتها لا يكون مظاهرا عند أبي حنيفة ولا يشبه هذا الوطء لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وفي الدراية في كظهر أختي من لبن الفحل لا يصير مظاهرا من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التأبيد كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها مع ان في حرمتها عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله صلى الله عليه وسلم ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت أختية بنت الفحل من غير التي أرضعته بالالتزام ومثله ما رأيت لو شبهها بامرأة الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع ان أبا يوسف يرى تأبد حرمتها لتسويغ الاجتهاد أما ان أراد من أرضعهما نفس الفحل بان نزل له لبن فلا اشكال لكنه بعيد من عادتهم في اطلاقه ولانه لا أختية هنالك أصلا ومما يشكل ما ذكره في الدراية أيضا نقلا عن شرح القدوري رحمه الله زنى أبوه بامرأة أو ابنه فشبهها بامها أو ابنتها يصير مظاهرا عند أبي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم وهذا مشكل لان غايته أم مزنية الاب والابن أن تكون كأم زوجة الاب والابن ولا تحرم أم زوجة الاب على الابن ولا أم زوجة الابن على الاب فليس التشبيه هنا بمحرمة ولو شبه بظهر أبيه أو قريبه أو بظهر أجنبي لم يكن مظاهرا ولو شبهها بفرج أبيه أو قريبه قال في المحيط ينبغي أن يكون مظاهرا لان فرجهما في الحرمة كفرج أمه وفي كافي الحاكم رحمه الله المرأة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي أنت علي كظهر أبي أو أنا عليك كظهر أمك لا يصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن أبي يوسف عليها كفارة يمين وقال الحسن بن زياد هو

(ولو قال أنت على مثل أمي أو كأمي احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف ذلك) وكلامه ظاهر وقوله (وان لم تكن له نية فليس بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة وحده وعن أبي يوسف فيه روايتان احداهما كقول محمد لانه قال في الامالي اذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وكان قوله أنت على كأمي بمنزلة قوله أنت على حرام وقد بينا في هذا اللفظ أنه اذا لم ينو شيأ يثبت أقل الوجوه وهو الايلاء وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف على ما ذكره في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه الى ان يتبين خلافه بالنية والفرض عدمها ووجه قول محمد ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى (وان عنى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين) فان الحرمة الثابتة بالايلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزور ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا بالكفارة والثابتة بالايلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها (وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه يختص به ولو قال أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على نوى

ما نوى لانه يحتمل الوجهين) فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الاولى ووجهها ظاهر

(ولو قال أنت على مثل أمي أو كأمي يرجع الى نيته) لينكشف حكمه (فان قال أردت الكرامة فهو كما قال) لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام (وان قال أردت الظهار فهو ظهار) لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية (وان قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن) لانه تشبيه بالام في الحرمة فكأنه قال أنت على حرام ونوى الطلاق وان لم تكن له نية فليس بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى وان عنى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به (ولو قال أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى) لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له

ظهار وقال محمد ليس بشئ وهو الصحيح وفي شرح المختار حكى خلاف أبي يوسف والحسن على العكس وكذا في غيره وفي الينابيع والروضة كالاول قال هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهرا منهما (قوله ولو قال أنت على مثل أمي) هنا ألفاظ أنت أمي مثل أمي كأمي حرام كظهر أمي ففي أنت أمي لا يكون مظاهرا وينبغي أن يكون مكروها فقد صرحوا بأن قوله لزوجته يا أخية مكروه وفي حديث رواه أبو داود عن أبي تميمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته يا أخية فكره ذلك ونهى عنه ونحن نعقل أن معنى النهي هو انه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لامكن أن يقال هو ظهار لان التشبيه في قوله أنت أمي أقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ أخية في يا أخية استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لا بد في كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ومثله أن يقول لها يا بنتي أو يا أختي ونحوه وفي مثل أمي أو كأمي ينوي فان نوى الطلاق وقع بائنا كقوله أنت على حرام وان نوى الكراهة أو الظهار فكما نوى كما في الكنايات وأفاد انه كناية في الظهار فعلم ان صريحه بكون التشبيه بعضو وان لم يكن له نية فليس بشئ عندهما وهو ظهار عند محمد رحمه الله وجه قوله ان المعنى الشرعي لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير انه عدل عنه فيما اذا كان له نية شئ يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المنوي تصحيحا لارادته وجعل على بمعنى عندي في الكرامة وذلك ان المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندي مثل أمي أو كأمي فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه ولهما أن منعنا كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بالكل بل اذا كان التشبيه به ابتداء ففيما اذا كان التشبيه بكلها يبقى محتملا في حق جهة التشبيه فما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشئ خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد اليها ولا لفظ صريح فيها وما أمكن صرف تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه وان نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما وكذا غيره فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه أي أداته فان الكلام في مثل أمي وكأمي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا انه حقيقة وقد

قال المصنف (فالتشبيه بجميعها أولى) أقول فيه بحث فان في الجميع ما يحل النظر اليه كالوجه وغيره قال المصنف (لان كاف التشبيه) أقول أي أداته فان الكلام في مثل أمي وكأمي جميعا واحد قال المصنف (تختص به) اقول المراد كثرة استعماله فيه فلا يرد شئ

وان لم تكن له نية فعلى قول أبى يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما (وان قال أنت على حرام كظهر أمى ونوى به طلاقا أو ايلاء لم يكن الا ظهارا عند أبى حنيفة وقالا هو على مانوى) لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبى يوسف يكونان جميعا وقد عرف فى موضعه ولابى حنيفة انه صريح فى الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه

نوى ما لا ينافيه فان الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوى فى ضمن المعنى الحقيقى فى الكلام وعند أبى يوسف ايلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعى عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به لا يتعدى به المنوى وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الايلاء ولان الايلاء أدنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وأمور أخر أما السبب وهو الظهار نفسه فكبيرة محضة والايلاء فى نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترن به وأما الحكم فالكفارة فيه أغلظ حيث قدر الاطعام بستين مسكينا أو صيام ستين يوما والامور الاخر هى أن حرمتها فى الايلاء لا تثبت فى الحال فانه وان حلف أن لا يقربها فالشرع طلب منه أن يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر عادت بلا ايلاء فى حق وقوع الطلاق بمضى المدة بل فى حق لزوم الكفارة اذا وطئ وكان الايلاء مؤبدا وفى الظهار يثبت فى الحال ثم يتعدى الى الدواعى ثم لا يحل منها شئ آخر حتى يكفر أولا ولو طلقها ثلاثا والباقى بحاله تعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر وكذا لو ملكها بان كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد لا تحل ما لم يكفر ومنهم من قال الاصح انه حينئذ ظهار عند الكل لانه تحريم مؤكد بالتشبيه وفيه نظر لان هذا انما ينطبق على قوله أنت على حرام كامى وليس الكلام فيه بل فى مجرد أنت كامى وفى أنت على حرام كامى فانما محتملان الطلاق والظهار لا البر لتصريحه بالحرمة فأيهما أراد ثبت فان لم تكن له نية فعلى قول أبى يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار وههنا يتجه المذكور آنفا عن قاضيخان أنه ينبغى أن لا يختلف فى كونه ظهارا الا انه تحريم مؤكد بالتشبيه (قوله والوجهان بيناهما) يعنى فيما قبلها يعنى قوله من جهة أبى يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين ومن جهة محمد ما ذكرنا وفى أنت على حرام كظهر أمى خلاف فعنده لا يكون الا ظهارا سواء نوى طلاقا أو ايلاء أو لم ينو شيأ (وقالا هو على مانوى) ظهارا أو طلاقا أو ايلاء وان لم تكن له نية فظهار (لان التحريم يحتمل كل ذلك) فان نوى الطلاق أو الايلاء يكون قوله بعده كظهر أمى تأكيدا له لا مغيرا (غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا) معه لانه يقع بائنا بانت حرام ولا يمكن اثبات الظهار بعده بكظهر أمى (وعند أبى يوسف يكونان) فقيل لا بلفظ حرام اذ لا يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظ وهذه رواية عنه فى صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لانه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته كما اذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت الاخرى يقع عليهما فى الاخرى باعترافه وفى المعروفة بصريح اللفظ فى القضاء فانه لا يصدق فيه فى صرف النية عنها لانه خلاف الظاهر وهذا يقتضى أن وقوع الطلاق والظهار فيما اذا قال عنيت الطلاق عنده انما هو فى القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع ما نوى وفى شرح الكنز ولو نوى الايلاء ينبغى أن يكون ايلاء وظهارا بالاتفاق لعدم التنافى (قوله وقد عرف فى موضعه) يعنى المبسوط ولابى حنيفة أنه أى لفظ كظهر أمى صريح

(وان لم تكن له نية فعلى قول أبى يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما) يعنى قوله ليكون الثابت أدنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه يختص به (وان قال أنت على حرام كظهر أمى ونوى طلاقا أو ايلاء لا يكون الا ظهارا عند أبى حنيفة) وكذا اذا لم ينو شيأ كذا فى المبسوط (وقالا هو على مانوى) ان نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا فطلاق (٢٣١) وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابى فى شرحيهما الجامع الصغير (لان التحريم يحتمل) ونية المحتمل صحيحة (غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبى يوسف يكونان جميعا) يعنى يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق فى صرف الكلام عن ظاهره قضاء فصار بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم وقال لى امرأة أخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر وضعفه شمس الائمة السرخسى بأن الطلاق ان وقع بقوله أنت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله أنت على حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين وأجاب الامام ظهير الدين عن هذا فقال يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وان هذا الكلام صريح فى الظهار ولهذا ولم تكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق فى ابطال حكم الظهار و يصدق فى ارادة الطلاق لاعترافه به وقوله (وقد عرف فى موضعه) يعنى مبسوط شمس الائمة (ولابى حنيفة أن قوله أنت على كظهر أمى صريح فى الظهار) ولهذا لا يحتاج فى الدلالة عليه الى النية (فلا يحتمل غيره من الطلاق) والايلاء (ثم هو محكم) لعدم احتمال الغير وقوله أنت على حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر (فيرد التحريم اليه) أى الى الظهار كما هو الاصل فى رد المحتمل على المحكم

قال (ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل في المملو
تابع) بدليل انه لو اشترى أمة فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشترى ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الامة في معنى
المنكوحة حتى تلحق بها (ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة) وعورض بان الامة محل الظهار بقاء فيجب أن تكون
محلا ابتداء كما لو ظاهر من امرأته وهى أمة ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء
كالمحرمية في النكاح والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا تزول الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فتبقى الى أن توجد الكفارة فهى بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب ما لم تتزوج بزوج آخر (فان تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف) لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر من القول وقوله (والظهار ليس بحق من حقوقه) أى حقوق النكاح جواب سؤال تقريره الظهار مبنى على الملك والملك موقوف فينبغى أن يكون الظهار موقوفا على الاجازة كتوقف اعتاق المشترى من الغاصب على اجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح الظهار
على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح أمر مشروع والظهار ليس بمشروع لانه منكر من القول
وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع (بخلاف اعتاق المشترى من الغاصب لانه) أى الاعتاق (من حقوق الملك) لكونه
منهيا للملك ومتمما له (ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أمى كان مظاهرا منهن جميعا) وكلامه فيه واضح

قال (ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة (فان تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل) لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشترى من الغاصب لانه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أمى كان مظاهرا منهن جميعا) لانه أضاف

في الظهار محكم فيه ولفظ حرام محتمل فيرد اليه اذا قرن معه (قوله حتى لو ظاهر من أمته) موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعى وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثورى في الامة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهرى في الموطوءة لنا أن النص يتناول نساءنا بقوله تعالى من نسائهم والامة وان صح اطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الاطلاق لا تستلزم الحقيقة لان حقيقة اضافة النساء الى رجل أو رجال انما تتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه وحرمة بنت الامة الموطوءة ليس لان أمها من نسائنا مرادة بالنص بل لانها بنت موطوءة وطأ حلالا عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا على انه لو أريد بالنساء هنالك ما تصح به الاضافة حتى يشمل المعنى الحقيقى وهن الزوجات والمجازى أعنى الاماء بعموم المجاز لامكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الاماء كثبوته في الزوجات أما ههنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضا ليثبت بطريق الدلالة لان الاماء لسن في معنى الزوجات لان الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولامن الملك حتى يثبت مع عدمه في الامة المجوسية والمواضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل ولان القياس ان لا يوجب هذا التشبيه الذى هو كذب سوى التوبة وورد الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للامة فيه فيبقى في حقها على أصل القياس ولان الظهار كان طلاقا فنقل عنه الى تحريم مغيا بالكفارة ولا طلاق في الامة وليس هذا الوجه بشئ للمتأمل (قوله لانه صادق في التشبيه وقت التصرف) والتشبيه انما انعقد سببا للتحريم المغيا حين كان كذبا محضا فلا يتوقف بقى ان يقال فليتوقف على الاجازة كما يتوقف نكاحها على الاجازة فان أجازت ظهر انه كان التشبيه الممتنع أجاب عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه لان عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف ولا يثبت الظهار بعد الاجازة بخلاف اعتاق المشترى العبد من غاصب العبد لان الاعتاق حق من حقوق الملك يعنى يثبت بالملك حق ان يعتق اذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهى عنه وان كان لو قاله لزمه حكمه فاذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق (قوله ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أمى كان مظاهرا منهن جميعا) بلا خلاف (لانه أضاف

(قوله فالابتداء والبقاء فيه سواء) أقول فيه بحث نعم كل ما يكون محلا لحكم ابتداء يكون محلا له بقاء وأما عكسه فغير مسلم وما ذكر من حديث المحرمية لا يفيده (قوله لا تزول الا بالكفارة الخ) أقول وهل معنى محلية الظهار بقاء الا هذا

وقوله (بخلاف الايلاء منهن) يعني أن يقول لهن والله لا أقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعا وان قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

الظهار اليمين فصار كما اذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم ﴿فصل في الكفارة﴾ قال (وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال (وكل ذلك قبل المسيس) وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه

الظهار اليمين فكان كاضافة الطلاق اليمين يطلقن جميعا وانما الخلاف في تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعي تتعدد بتعددهن أي كل من أراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والنخعي والزهري والثوري وغيرهم وقال مالك وأحمد كفارة يمين واحدة وروى ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الايلاء قلنا الكفارة لوضع الحرمة وهي متعددة بتعددهن وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف مالو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر في مجلس أو مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدده الا ان نوى بما بعد الاول الاول تأكيدا فيصدق قضاء فيما لا كما قيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار فيما بينه وبين الله تعالى وأورد لما ثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار وما هو الا تحصيل الحاصل أجيب بالاول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك الحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع أسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه وليمينه وهذا لا يدفع سؤال تحصيل الحاصل الا أن يلتزم أن يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في أسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات ﴿فروع﴾ لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي وأحمد كالايلاء وهي رواية البرامكة عن أبي حنيفة والاول رواية الاصل لنا قوله تعالى والذين يظاهرون منكم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكمها تحريم يرتفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع أثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من أهلها الا انها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وهو غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر عليها على رأيكم اذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة والغاء قيد الايمان في حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كالغائه في اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وما أجيب من انها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه انها تفتقر الى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما دفع به من أن افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس بلا جامع لان افتقار الكنايات اليها ليتعين به أحد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة لتقع عبادة والا فلماذا والفرق بين الظهار والايلاء على قول أبي حنيفة حيث أجاز ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء أمران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظرا الى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا ثم كفر إن كفر في يوم الاستثناء لم يجز ولو ظاهر يوما أو شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة على ما سلف ويصح بشرط النكاح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فأنت علي كظهر أمي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال أنت علي كظهر أمي في رجب ورمضان وكفر في رجب أجزأه عنهما ولو ظاهر فجن ثم أفاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالافاقة خلافا لاحد وجهين للشافعية ﴿فصل في الكفارة﴾ (قوله عتق رقبة) أي اعتاقها فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة

﴿فصل في الكفارة﴾ لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه الى نهايته ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليها بالفاء وانما كان ذلك والله أعلم لان الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة إباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة لان سببها لابد وان يكون أمرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول وضم الى ذلك العود على ما قال لكونه بعض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقل لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم أبانها أو ماتت لم تلزمه الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان لا يطأها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز أداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز فالجواب أن المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت إنهاء للحرمة الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلالا الا بعد إنهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر

﴿فصل في الكفارة﴾ قال المصنف (للنص الوارد فيه) أقول أي في الظهار أو الكفارة بتأويل التكفير أو ترتيب الكفارة المعلوم من السباق

والمراد بقوله (عتق رقبة) اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة ألا ترى انه لو ورث أباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها وقوله (من كل وجه) متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال فى الرق شرط دون الملك ولهذا لو أعتق المكاتب الذى لم يؤد شيأ صح عن الكفارة ولو أعتق المدبر عنها لم يصح واعترض على المصنف من وجهين أحدهما انه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا أى عبدا وأجيب عنه بأن الازهرى حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة والثانى ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرقوقة مملوكة وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشئ فتذكيره باعتبار المعنى الثانى وقوله (والشافعى يخالفنا) أى لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة فى الكفارة (لان الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق) وقوله (وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة) جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى وتقريره أن قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى

قال المصنف (وكذا فى الاطعام) أقول بدلالة النص على ما قرره المصنف فليتأمل فانه سيجئ من المصنف فى تعليل جواز قربان المظاهر منها فى أثناء الاطعام ما يخالفه قال المصنف (فلا بد من تقديمها على الوطء) أقول وهذا على سبيل الاستحباب حتى لو جامع فى خلال الاطعام لا يلزمه الاستئناف كذا فى شرح تاج الشريعة وفيه ما فيه (قوله وأجيب عنه بان الازهرى حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة) أقول فى المغرب وأما ذات مرقوقة أو عبد مرقوق كما حكى ابن السكيت فوجهه أن يكون من رق له اذا رحمه وهو مرقوق له ثم حذفت الصلة كما فى المندوب والمأذون آخر ما قال

وكذا فى الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا قال (وتجزى فى العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير) لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هى عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعى يخالفنا فى الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة

مقارنا لموت المورث لا يجزيه عنها (قوله وكذا فى الاطعام) يعنى يجب كونه قبل المسيس كأخويه والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فهو له وألحقه بهما وحاصله عقلية ان الكفارة منهية بالتنصيص على ايجادهما قبل التماس وهذا كفارة مثلهما فيجب كونه قبل التماس وما قدمنا روايته من الحديث الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم للذى واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلق من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا كله يتراءى انه زيادة على اطلاق النص بالخبر والقياس وهو لا يجوز وذلك لانه تعالى قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ثم أعاد القيد المذكور مع الصيام فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ثم أطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلو أريد التقييد فى الاطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيصه بالاطلاق بعد ما نص على تكرير القيد مع التخصيص غير مكتفى به لتقييده فى التحرير قرينة على قصد الاطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على ارادة تكريره مطلقا اذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالخصلة الاولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالاخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو أعاد معها بعدهما فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالاطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر فى ارادة انفراده عنهما بمعنى الاطلاق فلا يتخرج على القواعد الا ان تحقق فيه اجماع فى عصر من الاعصار والثابت فيه الآن قولان عن الشافعى وروايتان عن أحمد لانا نقول الثابت بالنص افتراض الاطعام شرط الحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بخبر الواحد والالحاق بالخصلتين فى وجوب التقديم لا فى اشتراطه للحل والاصل وان كان الافتراض فالمتعدى الى الفرع منه الوجوب لا يقال حينئذ يختلف الحكم فى الاصل والفرع لانا نقول الوصف الذى زاد به الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان الحكم هو الايجاب غير أنه ان كان ثبوته قطعيا سمى فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتأمل ومما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الاطلاق فى ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب التى ظاهر منها فى خلال الصوم يستأنف ولو قربها فى خلال الاطعام لا يستأنف لان الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق فى الاطعام ولا يحمل الاطعام على الصيام لانهما حكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة (قوله من كل وجه) متصل بالمرقوقة فلذا لو أعتق أم ولده ومدبره لا يجزيه عنها بخلاف المكاتب الذى لم يؤد شيأ وعن ذلك يصح اعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه (قوله الكفارة حق الله تعالى) المشهور بناء الخلاف على ان المطلق هل يحمل على المقيد أولا فعنده نعم وعندنا لا الا فى حكم واحد فى حادثة واحدة

(ثم مقارفته المعصية) أى بقاؤه على ما كان عليه من الكفر (يحال به الى سوء) اعتقاده و (اختياره) ولقائل أن يقول مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما فى الزكاة والجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه أيضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم أخرجهم عن المصرف قال (ولا تجزى العمياء) أى لا يجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان أو أنثى وكلامه ظاهر والضابط فى تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى أعتق رقبة كاملة الرق فى ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احترازعما اذا أعتق نصف رقبة فجامعها ثم أعتق النصف الآخر لم يجز وان أعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا أعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز أيضا وقوله وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين أو الرجلين وما يماثل ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا أعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير فى ذلك الجنس كالهالك لان قيام الشخص بمنافعه وقوله (ويجوز الاصم) واضح وقوله (لان قوة البطش بهما) يفيد ان ما يزول به تلك القوة كان مانعا فقطع أكثر اصابع كل يد كقطع جميعها

ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره (ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشى وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشى اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان أصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد أصم وهو الاخرس لا يجزيه (ولا يجوز مقطوع ابهامى اليدين) لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذى لا يعقل) لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع

واحدة لانه حينئذ يلزم ذلك لزوما عقليا اذ الشئ لا يكون نفسه مطلوبا بادخاله فى الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم فى كفارة اليمين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع فى القراءة المشهورة التى تجوز الزيادة بمثلها وللكلام فى تحقيق هذا الاصل فن غير هذا ولو تنزلنا الى أصلهم لم يلزم من التضييق فى كفارة الامر الاعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بيانا فى المطلق وتقرير ما فى الكتاب ان الكفارة وهى الاعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله اذ الاعتاق يتعلق به ويتحقق أثره وهو العتق كالزكاة والجواب ان هذا لا يعارض اطلاق النص الا اذا كان مانعا عقليا منه وليس كذلك لجوازان يأذن الله تعالى فى الاحسان والتمليك تصدقا على الكافر بالامور الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه فى كتاب الزكاة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على أهل الاديان والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليه مع ان المقصود منها التقرب الى الله تعالى فلولا ان مقصود القربة الى الله تعالى يحصل بذلك لم تشرع أصلا ولا يزيد الفرض على كونه قربة اليه تعالى الا بكونه مأمورا به ولا يظهر لوصف المأمور به أثر فى منافاة كون محله كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافى معنى القربة ولولا النص الذى يخص الزكاة لقلنا بجواز دفعها الفقراء أهل الذمة وهذا لان التقرب بفعل الفاعل يحصل لا بخصوص محل فعله وهو انما يعتقه لتمكنه من الطاعات بالاسلام شكرا لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من رقبة الرق لا لغير ذلك ثم اقترافه هو الكفر لسوء اختيار منه على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا ويدخل فى الكافرة المرتد والمرتدة ولا خلاف فى اعتاق المرتدة لانها لا تقتل واعتاق العبد الحربى فى دار الحرب لا يجزيه عن الكفارة واعتاق المستأمن يجزيه (قوله ولا تجزئ العمياء الخ) الاصل أن يكون المعتق كامل الرق مقرونا بالنية وجنس ما يبتغى من المنافع بلا بدل فظهر ان اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لان بفوات جنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ولم يعتبروا فوات الزينة على الكمال مع انهم اعتبروه فى الديات فألزموا بقطع الاذنين الشاخصتين تمام الدية وجوزوا هنا عتق مقطوعهما اذا كان السمع باقيا ومثله فيمن حلقت لحيته فلم تنبت لفساد المنبت وما عللوا به فى جعل العنين والخصى والمجبوب من الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المماليك يعلل به فى فوات الزينة على الكمال لان باعتبار ذلك

(قوله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها الخ) أقول ولعل هذا خبر مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب (قوله ثم أعتق النصف الآخر لم يجز) أقول حق العبارة فانه لا يجوز (قوله كما تقدم) أقول فى أول الصحيفة

(والذى يجن و يفيق يجزيه) لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذى أدى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن أبى حنيفة أنه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف أمومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان أعتق مكاتبا لم يؤد شيأ جاز خلافا للشافعى له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على مابينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد مابقى عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن فى التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق

لا يصير المرقوق هالكا من وجه بل الحر فعن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه ويجوز الرتقاء والقرناء والعوراء والعمشاء والغشواء والبرصاء والرمداء والخنثى لا مقطوع اليدين أو الرجلين أو احدى كل من اليدين والرجلين من جهة واحدة ويجوز من خلاف أما مقطوع ابهامى اليدين فلما فى الكتاب ومثله مقطوع ثلاث أصابع غير الابهامين من كل يد لان الاكثر كالكل ويجوز مقطوع إصبعين غير الابهام من كل يد لا ساقط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق لان المنافع كلها فى حقه فائتة لان الانتفاع بها انما هو بالعقل وأما الذى يجن و يفيق فيجزى عتقه أطلقه فى الهداية والمراد إذا أعتقه فى حال افاقته وفى الاصم روايتان وماذكر فى الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين فيحمل رواية النوادر الاصم الذى ولد أصم وهو الاخرس فانه لا يسمع أصلا ولا يتكلم ويحمل ظاهر الرواية الذى اذا صيح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا أعتق عبدا حلال الدم قضى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز وفى التجنيس من علامة عيون المسائل اذا أعتق عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى ويخاف عليه يجوز وان كان لا يرجى لا يجوز لانه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يعتبرهما الا كغيرهما من الاصابع وأيضا رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة البطش ليست لازمة ولا عنه فوات جنس المنفعة بل ضعفها (ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد) ويجوز اعتاق المكاتب الذى لم يؤد شيأ الا الذى أدى بعض الكتابة والشافعى منعه وألحق المكاتب بالمدبر وأم الولد بجامع انه استحق العتق بجهة الكتابة فأشبه المدبر وأم الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيهما بل هو أولى بعدم الاجزاء منهما فانه لو قال كل مملوك لى حر عتق مدبره وأم ولده ولا يعتق مكاتبه الا بالنية فدل انه أنقص رقا منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن فى التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها كالمنع من التجارة وهذا كله على وجه الالزام لنا فى المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه جائز وهو مذهب أحمد بناء على جواز بيعه عندهما خلافا لنا وفى أم الولد على وجه الاثبات لنفسه ونحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها يوجب نقصان الرق فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم يلزم نقصان الرق فهذا أولى لان سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وأم الولد لم يتبين نقصان الرق فيهما لان الحاصل فيهما أيضا تعليق العتق بموت السيد ولو تمكن نقصان فى رقه لما تصور فسخه

وقوله (والذى يجن و يفيق يجزيه) يعنى اذا أعتقه فى حال افاقته (ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد) لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وأم الولد ليست بكاملة (لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا) فانه اذا ثبت فيه شئ من القوة الحكمية زال فى مقابلته شئ من الضعف الحكمى وقوله (فأشبه المدبر) استدلال بما لا يقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعى جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا وقوله (على مابينا) اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابقى عليه درهم رواه عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم وقوله (والكتابة لا تنافيه) دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة ولم يزل رقه بها لان الشئ لا يزول الا بمنافيه والكتابة لا تنافى الرق (فانه) أى عقد الكتابة أوذكره باعتبار الخبر (فك الحجر) اذ لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر لا ينافى ملك الرقبة كالاذن فى التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن فى التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما فى عزل المأذون أجاب بقوله الا أنه أى عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه أى من جانب المولى وقوله (ولو كان مانعا) جواب بطريق التنزل يعنى لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق عن الكفارة لكنه اذا أعتقه عن واعادته
الكفارة (ينفسخ) قبل الاعتاق (مقتضى الاعتاق اذهو) أى عقد الكتابة (يحتمل الفسخ) فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله اكساب

أجاب بقوله (الا أنه يسلم له) أى للمكاتب (الاكساب والاولادلان العتق فى حق المحل) يعنى المكاتب (بجهة الكتابة) واذا كان كذلك لايخرج الاكساب والاولادعن ملكه كما لوعتق بأداء بدل الكتابة وهذا لان الفسخ لايصح الابرضا المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة والدلالة انما تحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لايختلف لافى ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين (أولان الفسخ ثبت ضرورة صحة الاعتاق) فلا يظهر فى حق الاولاد والاكساب وقوله (وان اشترى أباه أوابنه) واضح

اذ هو يحتمله الا أنه تسلم له الاكساب والاولادلان العتق فى حق المحل بجهة الكتابة أولان الفسخ ضرورى لايظهر فى حق الولد والكسب (وان اشترى أباه أوابنه ينوى بالشراء الكفارة جازعنها) وقال الشافعى لايجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك فى كتاب الايمان ان شاء الله وان أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر

واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوته من وجه لايحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته وهذا هو الثابت فى المدبر وأم الولد لثبوت العتق فى حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما أوجبت فك الحجر فى المكاسب وذا لايمكن نقصانا فى الرق اذ المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه من كتابته شئ رواه أبو داود المراد به كامل فى العبودية والرق وانما يستبد المولى بفسخه لانه ببدل فانعقد لازما على المولى بخلاف الاذن فى التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب فى كل مملوك له حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لايستلزم نقصان الرق لان محل الملك أعم من محل الرق ألا يرى ان الملك يثبت فيما لايتصور ثبوت الرق فيه كالامتعة والحيوان غير الآدمى ففى العبد رق فى رقبته وملك يحاذيه فيها ويتعدى الى غيرها من منافعه واكسابه والكتابة أوجبت الفك فى حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق ولكن العتق انما يعتمد الرق لانه لودار مع الملك ثبت فى غير الآدمى أيضا فكان حينئذ كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المزحزح (قوله الا أنه يسلم له الاكساب الخ) جواب عما قد يقال عتقه حيث وقع انما يقع شرعا بجهة الكتابة وان عين السيد جهة التكفير بدليل انه يسلم له الاكساب والاولاد فعلم انه بجهة الكتابة أجاب بوجهين الاول أن العتق فى المكاتب واحد والاعتاق من جانب المولى تختلف جهاته ففيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفيما يرجع الى المولى جعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشئ وجعل هبتها فى حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفى حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل عين المقصود فلا يبالى باختلاف السبب ففى مسئلة الزوج نفس حقه ليس الا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالى بكونه عن سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس الا عتقه عند الاداء وقد حصل عينه الثانى انفساخ الكتابة ضرورى اذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف من عاقل مسلم فيما فيه مانع يحتمل الفسخ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر فى حق جواز التحرير للتكفير لا فى حق الاكساب والاولاد لانه لادلالة على الرضا فيهما فيعتق فى حقهما مكاتبا فتسلم له ولا يلزم من كونه عتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة والا لتقرر بدل الكتابة اذ تسليم المبدل يوجب تقرر البدل (قوله وان اشترى أباه أوابنه ينوى بالشراء الكفارة جازعنها) هذا فى الشراء أما لو ورث أحدهما فنوى الكفارة فقد قدمناه ولو وهب له أو أوصى له صح الحاصل انه اذا دخل فى ملكه بصنع منه ان نوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه والا فلا ولو قال ان دخلت الدار فأنت حر ونوى كون العتق وقت دخوله عن الكفارة لايجوز

(قوله وهذا لان الفسخ لايصح الا برضا المكاتب الخ) أقول فصار لهذا العتق سببان اعتاق مقيد من المولى وعقد الكتابة وحق العبد فى ان لا يبطل ما ثبت بهذا العقد وقد حصل حكم العلة وهو العتق وهو غير منجز فيضاف الى كل واحد من السببين كملا كأن ليس معه غيره كواحد قتل جماعة فانه يقتل بهم ويصير كل واحد مستوفيا حقه بصفة الكمال (قوله فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لايختلف) أقول ضمير لانه راجع الى العتق (قوله وجعل الاعتاق للتكفير) أقول كيف يجعل عتقه بجهة الكتابة وهو معلق باداء البدل والمفروض انه لم يؤد شيأ والتعويل عندى على الجواب الثانى ومحصوله الفرق بين عتقه وهو مكاتب وعتقه بجهة الكتابة والثابت هنا هو الاول فانها لم تنفسخ فى حق الاولاد والاكساب وعليك بمراجعة سائر الشروح تزدك بصيرة فيما قلنا (قوله وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين) أقول قوله هو راجع الى الاعتاق وقوله نظرا تعليل لقوله وجعل الاعتاق ولقوله فجعل العتق الخ

وقوله (بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا) يعني أنه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه يصير حرا مديونا بناء على أن الاعتاق عندهما لا يتجزأ أجيب بانه انما لم يجز لان وجوب هذا الدين بسبب الاعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة (ولابي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه) لتعذر استدامة الملك فيه (ثم يتحول اليه بالضمان) مابقي منه فكان في المعنى اعتاق عبد الاشيأ ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمونات تملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق وكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما نذكره فيما يليه أجيب بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما على ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستندا ويلزم النقصان المانع (فان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه جاز لانه أعتقه بكلامين) فلا محظور فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع أجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه أعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم أعتق مابقي ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفا الى الكفارة بالضمان لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الباقي وأعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كانه أعتق عبدا الا قدر النقصان وقوله (وهذا) أي جعله اعتاقا بكلامين (على أصل أبي حنيفة) في تجزي الاعتاق (أما عندهما فالاعتاق لا يتجزأ فاعتاق النصف اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين) وعلى هذا مبنى المسئلة التي تليها وهي

وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة (فان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز) لانه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للاضحية فأصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على أصل أبي حنيفة أما عندهما فالاعتاق لا يتجزأ فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين (وان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة) لان الاعتاق يتجزأ عنده وشرط الاعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص

ولو نواه وقت اليمين جاز (قوله وضمن قيمة باقيه) يعني أعتق ذلك الباقي أيضا (لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) بناء على تجزئ الاعتاق وعدمه عندهما لا يتجزأ فاعتاق نصفه اعتاق كله غير أن المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ولا سعاية على العبد حتى يكون اعتاقا بعوض ولو كان المعتق معسرا لا يجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل وان لم يكن ذلك البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود انه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته وعنده يتجزأ فانما أعتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كام الولد بل أشد لان عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير فصار كانه أعتق عبدا الاشيأ منه بخلاف المسئلة التي بعد هذه فانه أعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فيجوز كمن أضجع شاة ليذبحها أضحية فأصابت السكين عينها فاعورت فان قيل الملك في المضمون يثبت مستندا الى وقت وجود السبب وبه يظهر أن نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الاعتاق وهو اذ ذاك لا نقصان فيه قلنا الملك انما يثبت مستندا في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز ولا يخفى ان التعيب ضرورة اقامة المأمور به ليس كالتعيب بصنعه مختارا حتى انه لو فقأ عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزيه فكان المشترك أولى بالاجزاء من العبد المختص لان مالك النصف لا يقدر على عتقه الا بطريق عتق نصفه فاله أشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال وجوابه ان المعنى انه حصل بسبب اقامة الواجب وهذا القدر كاف في عدم مانعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن اقامة الواجب الا كذلك فان الشارع لما أطلق له العتق بمرة وبمرات كان لازمه انه اذا حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع وعن هذا بحث بعضهم انه يجب الاجزاء في الصورتين فان النقص في الاول أيضا حصل بسبب العتق كالثاني والعمد وعدمه سواء لانه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطأ ولان الملك

ظاهرة الا أنه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده بان أي اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس فينبغي أن لا يجوز عن الكفارة وأجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصار اعتاق نصف العبد كان لم يكن وكانه قد جامع قبل الكفارة فيجب أن لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك قال (واذا لم يجد المظاهر ما يعتق)(٢٣٩) اذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها صوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام لغير الاهلة فأفطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا ان أدخل في صيامه شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح (فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يستأنف) وانما قيده بالتي ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطأ يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستئناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق وانما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق وأما ذكر العمد فيه في الليل فقد وقع اتفاقا لان العمد والنسيان في الوطء بالليل سواء فعرف ان الاختلاف في وطء لا يفسد الصوم لابي يوسف ان هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط أي التتابع هو الشرط في كون الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد أجاب بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم بعني الاستئناف تأخير الكل عنه وتأخير البعض أهون من تأخير الكل

واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس (واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق) أما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما أوجبه الله والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل (فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه

بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند اعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية وأجاب عن قولهم انما يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بان النقص لما كان حكميا فسواء وجد في ملكه بين اعتاق نصفه واعتاق باقيه أو في ملك غيره بين الاعتاقين لانه لو كان ينافي كمال الرقبة منع مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا تستلزم منافاة الاجزاء الا اذا كان في غير ملكه لانه أهدر لحصوله بسبب اقامة الواجب غير انه اذا وقع في ملك غيره وضمنه كان مشتريا بالناقص رقا معنى فعتقه عن الكفارة بخلاف ما اذا وقع في ملكه حيث يتحقق فيه الاهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم اعتاقه فحيث أهدر كان كأنه أعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم أعتق باقيه بخلاف الاول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا الى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان اذا كان في ملك غيره فلم يقع عن الكفارة (قوله واعتاق النصف حصل بعده) فان قيل كل اعتاق بعد هذا وان كان اعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضا قلنا انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني وبطل اعتاق ذلك النصف لان الشرط للحل مطلقا اعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الاثم بذلك المسيس ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف لان المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت الى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع بجميع رقبة (قوله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق الخ) في الخزانة لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وقال الشافعي والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتبراه بالماء المعد للعطش والفرق عندنا ان الماء مأمور بامساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازي في أحكام القرآن ويرد عليه المسكن وجوابه انه بمنزلة لباسه ولباس أهله بخلاف الخادم وفي الاسبيجابي يعتبر الاعسار واليسار وقت التكفير أي الاداء وبه قال مالك وقال أحمد والظاهرية وقت الوجوب وللشافعي أقوال كالقولين وثالثها يعتبر أغلظ الحالين (قوله فكفارته صوم شهرين) ان صامهما بالاهلة أجزأه وان كانتا ثمانية وخمسين يوما وان صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستئناف (قوله فان جامع التي ظاهر منها) كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فانه لو جامع زوجته الاخرى ناسيا لا يستأنف عنده أيضا كما لو أكل ناسيا لان حرمة الاكل والجماع للصوم لئلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص

(قوله بان أي اعتاق الى قوله فهو اعتاق الخ) أقول قوله أي اعتاق اسم ان وقوله فهو اعتاق خبر ان

(ولهما ان الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص) وهذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون معناه ان النص يقتضى شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثانى من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه (وهذا الشرط) أى الشرط الثانى وهو الخلو عنه (ينعدم به) أى بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستئناف لانه ان عجز عن الاتيان قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين والثانى أن يقال قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير الاول بطريق العطف لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة وبتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التى ظاهر منها قبل الكفارة والحكم فى ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه الاستئناف وهذا أولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا الخ والجواب عن قوله انه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الفساد فى النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى قطع التتابع وفى العمد لعدم القائل بالفصل (وان أفطر يوما منها بعذر) كسفر أو مرض (أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة) وهذا احتراز عما اذا أفطرت المرأة فى كفارة

القتل أو الافطار بعذر الحيض فانها لا تستأنف لانها معذورة عادة اذ لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق فى آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته قوله (وان ظاهر العبد) ظاهر

ولهما ان الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف (وان أفطر منها يوما بعذر أو بغير عذر استأنف) لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة (وان ظاهر العبد لم يجز فى الكفارة الا الصوم) لانه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال (وان أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه) لانه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه (واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا (و يطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير

فلا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التى ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على المسيس شرط حلها فبالجماع ناسيا فى أثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم فى حق الكفارة على وزان ما قلنا فى الجماع بعد عتق نصف العبد لصدق كون المجموع قبل التماس وكون السبب النسيان لا أثر له فى نفى هذا الواقع وعدم افساد الصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده ليلا بكونه عامدا ليس بقيد بل جماعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء لان الخلاف فى وطء لا يفسد الصوم (قوله وان أفطر يوما منها بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال) بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض فى كفارة القتل أو الفطر فى رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض ولو أفطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لانها لا تجد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست فى صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كما لو حاضت فى خلال صوم كفارة اليمين فانها تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها (قوله لانه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه) أوقعه تعليلا لقوله وان أطعم المولى عنه أو أعتق فأفاد ان معناه انه ملكه وأمره أن يعتق أو يطعم ليكون هو المكفر اذ لا بد من

(قوله قبل المسيس) أقول أى جنسه (قوله خاليا عن المسيس) أقول أى جنسه (قوله والشرط الثانى من ضرورة الاول الى قوله فينعدم المشروط) أقول كون الثانى من ضرورة الاول لا يقتضى أن لا يوجد الثانى بدونه كما فى اللازم العام (قوله ويجب الاستئناف لانه ان عجز عن الاتيان به الخ) أقول وفيه انه على هذا التقرير لا يوجد أحد شرطى الكفارة فينتفى المشروط أيضا (قوله لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه الخ) أقول ان أراد اتحادهما ذاتا فليس كذلك لعموم الاخلاء وان أراد الاستلزام فلا يفيده وعندى ان الاخلاء من ضرورة التقديم وان المراد بالمسيس ما يطلب حله لا جنس المسيس ثم لما بدأ المظاهر بالتكفير علم انه طلب أن يقع كل مسيسه بعده مباحا فالذى وقع فى خلاله كان مطلوب الحل بحسب ظاهر حاله من البداءة بالتكفير فلم يخل عنه ولم يوجد الشرط واذا استأنف وأخلى عنه يوجد الشرط بالنسبة الى ما بعده من المسيس المطلوب حله فليتأمل (قوله وترك العود الى الكفارة) أقول قوله الى الكفارة متعلق بقوله ترك العود (قوله والجواب عن قوله انه الى قوله فلا يتعدى الى قطع التتابع) أقول لا يقال صحة هذا الكلام تستلزم أن ينقطع التتابع اذا وطئ غير المظاهر منها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان وقد صرح بخلافه آنفا لان هذا الكلام وارد سندا لمنع استلزام عدم فساد الصوم انتفاء قطع التتابع فلا يصح أن يقال لو صح اذ حاصله لم لا يجوز أن يكون من المواضع التى يقتصر فيها النص على مورده لوروده على خلاف القياس فليتأمل

وقوله (أوقيمة ذلك) أى من غير الاعداد المنصوصة مطلقا وأما فى الاعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة اذا كانت أقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمة حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعا من تمر أو شعير لا يجوز اذ الاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان فى القيمة أكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه وانما الاعتبار له فى غيره وقوله (فى حديث أوس ابن الصامت) هو أخو عبادة بن الصامت وأوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهى المجادلة التى نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم وأما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور فى كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا فى المبسوط وذكر فى المغرب سلمة بن صخر البياضى وما ذكره المصنف موافق لما أورده الامام المستغفرى فى معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر الليثى وقوله (فيعتبر بصدقة الفطر) يعنى فى المقدار ولكن بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطى فقيرا منا من حنطة ومنا آخر فقيرا آخر لا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد الاطعام المعتاد للمساكين وأما فى صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا وقوله (أوقيمة ذلك) ظاهر

أوقيمة ذلك) لقوله عليه السلام فى حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله أوقيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه فى الزكاة (فان أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز)

الاختيار فى أداء ما كاف به أو معناه ان العبد أمره ففعل ذلك فانه يتضمن تمليكه ثم اعتاقه عنه واطعامه واعلم ان السيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات الا كفارة الظهار لانها تتعلق بها حق الزوجة (قوله واذا لم يستطع الصيام) أى لمرض لا يرجى زواله أو كبر (قوله أوقيمة ذلك) أى من غير مانص عليه فلو دفع منصوصا عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز الا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا مثاله دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمته نصف صاع بر أو صاعا من البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز فلو كان التمر صاعا دفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لان الاعتبار فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ولو جاز ذلك فى الاعتبار لزم ابطال التقدير المنصوص عليه فى كل صنف وهو باطل ثم اذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذى دفعه لهم فان لم يجدهم باعيانهم استأنف فى غيرهم لا يقال لو كسا عشرة مساكين فى كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الاطعام جاز عنه اذا كانت قيمة نصيب كل منهم قدر قيمة الاطعام مع ان كلا منهما منصوص عليه قلنا المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير انها لا تتحقق الا بالثوب فلما لم يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة أعنى الكسوة أصلا لانه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر اذ لا كسوة الا بثوب يصير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص (قوله فى حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر) وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبرانى فى حديث أوس بن الصامت قال فأطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا أملك ذلك الا أن تعينني فأعانه النبى صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا وأعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه انه كان برا لان التمر والشعير يجزى منه صاع وقدمنا عن أبى داود من طريق ابن اسحق عن معمر بن عبد الله ابن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام فى حديث أوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فانى سأعينه بعرق من تمر قالت امرأته يارسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال أحسنت قال فيه والعرق ستون صاعا وأخرج عنه أيضا الحديث بهذا الاسناد الا انه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا وهذا أصح لانه لو كان ستين لم يحتج الى معاونتها أيضا بعرق آخر فى الكفارة وأخرج أبو داود عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا وهذه معارضة فى انه كان المخرج تمرا أو برا والله تعالى أعلم وأما الذى فى حديث سلمة بن صخر البياضى قال فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قال والذى بعثك بالحق لقد بتنا وحشيين ما أملك لنا طعاما قال فانطلق الى صاحب صدقة بنى زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها الحديث أخرجه أحمد وأبو داود ويكفى ما أثبتناه فى صدقة الفطر من ان الواجب من البر نصف صاع اذ لا قائل بالفرق فى كمية المخرج

(قوله أى من غير الاعداد) أقول مراده المعدودات (قوله فلا يجوز أداؤها قيمة اذا كانت أقل قدرا) أقول وأما اذا كانت أكثر أو مساوية فيجوز كما يجىء نظيره (قوله تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز) أقول قوله لا يجوز يعنى لا يجوز فى الاعداد المنصوصة (قوله لانه لا اعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه وانما الاعتبار له فى غيره) أقول ضمير له راجع الى المعنى وضمير غيره راجع الى المنصوص

وقوله (لحصول المقصود اذ الجنس متحد) يعنى من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر وأما اذا اختلف الجنس كما اذا أطعم خمسة مساكين فى كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالاطعام ألا ترى ان الاباحة فى أحدهما تجوز دون الآخر واستشكل بما اذا أعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق وأجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة والشركة فى كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره) ظاهر وقوله (فان غداهم وعشاهم) بكلمة الواو لا بأو لان التغدية وحدها أو التعشية وحدها لا تجزى قال فى المبسوط المعتبر فى التمكين أكلتان مشبعتان إما الغداء والعشاء وإما غداآن أو عشاآن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله اذا غدى ستين وعشى ستين آخرين لا يجوز وقوله (قليلا أكلوا أو كثيرا) يعنى ان

المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان أحدهم شبعان اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال بجوازه لانه وجد إطعام العدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه اشباع الستين وهو ما أشبعهم وقوله (وقال الشافعى) متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز فى الكفارة الا التمليك قياسا على الزكاة وصدقة الفطر (وهذا) أى عدم جواز الاباحة (لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة فى التمكين من الطعم) لانه جعل الغير طاعما (وفى الاباحة ذلك) أى التمكين (كما فى التمليك) فيتأدى الواجب بكل واحد منهما أما بالتمكين فلمراعاة عين النص واما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملك منه فاما أن يطعمه أو يصرفه الى حاجة أخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه أما الواجب فى الزكاة فهو الايتاء لقوله تعالى وآتوا الزكاة وفى صدقة الفطر الاداء لقوله عليه السلام أدوا عمن تمونون وهما للتمليك حقيقة

لحصول المقصود اذ الجنس متحد (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) لانه استقراض معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه (فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما أكلوا أو كثيرا) وقال الشافعى لا يجزئه الا التمليك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا أن المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة فى التمكين من الطعم وفى الاباحة ذلك كما فى التمليك أما الواجب فى الزكاة الايتاء وفى صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة

فى الصدقات الواجبة (قوله لان الجنس متحد) وهو جنس هذه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاقه نصفى عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول أبى حنيفة فان الجنس وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لمانع آخر وهو ان المأمور به اعتاق رقبة ونصفا رقبتين ليسا رقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيها لا يمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك فى البدنة شرعا (قوله فان غداهم وعشاهم جاز) لان المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مأدوم ان كان خبز بر فى سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء أو غداءين أو عشاءين بعد اتحاد الستين فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن أبى حنيفة فى كفارة اليمين لو قدم بين يدى عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأهم وان لم يبلغ ذلك الا صاعا أو نصف صاع فان كان أحدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر اشباعهم وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة (قوله وهو حقيقة فى التمكين من الطعم) الطعم بالضم الطعام لا يقال الاتفاق على جواز التمليك فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا معمما أو فى حقيقته ومجازه لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما فى حرمة الضرب والشتم مع التأفيف كذا هذا فالمناص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذى هو سبب لدفع كل الحاجات التى من جملتها الاكل أجوز فانه

(قوله وأما اذا اختلف الجنس الى قوله لم يجز الخ) أقول وأما اذا كان مثله قيمة أو أكثر فيجوز بطريق أداء القيمة قال المصنف (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) أقول قال العلامة الزيلعى ثم فى ظاهر الرواية ليس للمأمور أن يرجع على الآمر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك وعن أبى يوسف أنه يرجع ويجعل قرضا لانه أدناهما ضررا اه وبهذا تبين ان تعليل المصنف للمسئلة بقوله لانه استقراض معنى ليس كما ينبغى لعدم انتهاضه على ظاهر الرواية والاولى أن يعلل بقوله لانه طلب التمليك منه معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه فليتأمل قال المصنف (وفى الاباحة ذلك كما فى التمليك) أقول كان الظاهر ان يقول وذلك هو الاباحة فيستلزمه التمليك

وقوله (ولو كان فيمن عشاهم صبى) ظاهر وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لم يجزه الاعن يومه يعنى اذا دفع لمسكين واحد فى يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد فى عدم جوازه وأما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغنى و عدما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له الى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى اليه بخلاف كفارة أخرى لان المستوفى فى حكم تلك الكفارة كالمعدوم ولا يمكن أن يجعل مثله فى هذه الكفارة وقد ذكرناه فى التقرير بأتم من هذا (وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك كثيرة تتجدد فى يوم واحد) فاذا فرق بدفعات فى يوم واحد جاز كما فى الايام بخلاف حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته فى يوم تنتهى حاجته الى الطعام ولا تتجدد الا بتجدد الايام و (بخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص) وهو قوله فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة

(ولو كان فيمن عشاهم صبى فطيم لا يجزئه) لانه لا يستوفى كاملا ولا بد من الادام فى خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفى خبز الحنطة لا يشترط الادام (وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه وان أعطاه فى يوم واحد لم يجزه الا عن يومه) لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد فى كل يوم فالدفع اليه فى اليوم الثانى كالدفع الى غيره وهذا فى الاباحة من غير خلاف وأما التمليك من مسكين واحد فى يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزئه وقد قيل يجزئه لان الحاجة الى التمليك تتجدد فى يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص

فانه حينئذ دافع لحاجة الاكل وغيره (قوله وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه) وقال مالك والشافعى وهو الصحيح من مذهب أحمد لا يجزيه وهو قول أكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا وبتكرر الحاجة فى مسكين واحد لا يصير هو ستين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز وأصحابنا أشد موافقة لهذا الاصل ولذا قالوا فى المسئلة الآتية عن قريب وهى ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع مرة واحدة تحتسب عن رمية واحدة مع ان تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو مدلول التزامى لعدد المساكين ستين فالنص على العدد أولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم ان بتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكما فكان تعددا حكما وتمامه موقوف على أن ستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة أو حكما ولا يخفى أنه مجاز فلا مصير اليه الا بموجب فان قلت المعنى الذى باعتباره يصير اللفظ مجازا أو يندرج فيه التعدد الحكمى ما هو قلت هو الحاجة بكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد اذا تحقق تكررها الا أن الظاهر انما هو عدد معدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما فى تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء (قوله وهذا) أى عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه الا عن يومه يعنى اذا دفع ستين مرة لواحد فى يوم بطريق الاباحة لا يجوز من غير خلاف لانه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثانى فكان اطعام الطاعم

قال المصنف (ولو كان فيمن عشاهم الخ) أقول مسئلة كتاب الايمان ذكرها بسبيل التفريع وان لم تكن مذكورة فى الجامع الصغير ومختصر القدورى لكن كان ينبغى أن يقول فيمن غداهم وعشاهم أو يقول فيهم أو يقول لو كان أحدهم فطيما لان العشاء وحده لا يعتبر كذا فى شرح الاتقانى قال المصنف (وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه وان أعطاه فى يوم واحد لم يجزه) أقول اختار فى الاولى لفظ الاطعام وفى الثانية لفظ الاعطاء ليعلم حال التمليك فى الاولى والاباحة فى الثانية بطريق الاولى قال المصنف (والحاجة تتجدد فى كل يوم) أقول يفهم منه تعليل المسئلة الثانية (قوله وقوله وهذا اشارة الى قوله لم يجزه الا عن يومه) أقول الاظهر جعله اشارة الى مجموع ما ذكر من المسئلتين لئلا يلزم التفكك قال المصنف (فقد قيل لا يجزئه) أقول وذكر فى المحيط وهو الصحيح كذا فى النهاية واليه يشير قول المصنف وان أعطاه فى يوم واحد لان الاعطاء هو التمليك وفى التلويح ما يخالف ذلك لكن لا تعويل عليه قال المصنف (لان الحاجة الى التمليك تتجدد) أقول قال ابن الهمام وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا ان الاول أحوط ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما أقيم مقام الشئ اعتبرت فيه أحكام ذلك الشئ اهـ ولك أن تقول اقتصاره على توجيه هذا القول لانفهام وجه القول الاول بحيث يتضمن جواب وجه الثانى عما قدمه تأمل قال المصنف (لان التفريق واجب بالنص) أقول ولك أن تقول العدد أيضا منصوص عليه فينبغى أن لا يجوز اطعام مسكين واحد ستين يوما ويمكن أن يجاب بان نسبة أمر الى المشتق تفيد علية المأخذ فيعلم ان المقصود تعدد الحاجة وبه يتعدد المسكين الواحد حكما فليتأمل

(وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف) لانه تعالى ما شرط في الاطعام أن يكون قبل المسيس الا أنه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه (واذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجزئه عنهما وان أطعم ذلك عن افطار وظهار أجزأه عنهما) له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة

أما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد ففيه اختلاف قيل لا يجوز أيضا الا عن يومه ذلك وصححه في المحيط لان المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه اطعام الطاعم فلا يجوز كما لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغني بخلاف الدفع في كفارة أخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لان المدفوع كالهالك بالنسبة اليهما فان قيل لو كسا مسكينا واحدا عشرة أثواب في عشرة أيام يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة الى الثوب بتجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف أحوال الناس ولا يمكن تعليق الحكم في الثوب بعين الحاجة اليه فأقيم مضي الزمان مقامها الا انه تتجدد وأدنى ذلك يوم لجنس الحاجات ومادونه ساعات لا يمكن ضبطها وقيل يجزئه لان التمليك لما أقيم مقام حقيقة الاطعام وفرغ من ذلك نظرا اليه من حيث إنه تمليك والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع أولا هالكا بالنسبة الى المدفوع ثانيا كما هو هالك بالنسبة الى دافع آخر وكفارة أخرى وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة اذ الحال قيامها وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا أن الاول أحوط ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما أقيم مقام الشئ اعتبرت فيه أحكام ذلك الشئ وأما ما نعتقده فعدم جواز التمليك كالاطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع أنه معنى معارض بمعنى آخر وهو ما ذكرناه (قوله وان قرب التي الخ) الحاصل أنه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قربها في خلاله لم يستأنف لانه تعالى ما شرط فيه أن يكون قبل المسيس ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثة واحدة بعد أن يكونا في حكمين والوجوب لم يثبت الا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس بيانه انه لو قدر على العتق أو الصيام في خلال الاطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه فلو جوزنا له القربان قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس والمفضي الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والمرض والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله أمر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب فالاولى الاستدلال بما ذكرنا أول الفصل من النص ولا يعلل بما ذكر لمعنى في غيره (قوله لمعنى في غيره) هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام بتخلل الوطء (قوله عن ظهارين) سواء كانا من امرأة أو امرأتين (قوله له الخ) حاصل الوجه أنه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضي للاجزاء عنهما صرف الكمية التي تجزي عن كفارتين الى المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الاجزاء والجواب منع وجود المقتضي وانما يوجد لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لانها انما اعتبرت لتمييز بعض الاجناس عن بعض لاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لان الاغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر فبقي نية مطلق الظهار وبمجردها لا يلزم أكثر من واحد وكون المدفوع

الاعتاق لا يعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة في الاوقات المكروهة قال (واذا أطعم عن ظهارين) واذا أطعم المظاهر عن ظهارين (ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجزئه عنهما وان أطعم ذلك عن افطار وظهار أجزأه عنهما) اتفاقا (له أن بالمؤدى وفاء بهما) اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر ففي الصاع وفاء بهما لا محالة (والمصروف اليه محل لهما) لان الفقير لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلة والنية معينة (فيقع عنهما كما لو اختلف السبب) يعني أطعم ذلك عن افطار وظهار (أو فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو) لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والفرض عدمها فلغت النية

قال المصنف (الا أنه يمنع من المسيس قبله) أقول فيه بحث قال المصنف (وقال محمد يجزئه عنهما) أقول قال الاتقاني وعندي قول محمد أقوى وبين وجه الترجيح فراجع شرحه قال المصنف (ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو) أقول لا نسلم ذلك فان من وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق عنهما أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء كما يجيء بعد أسطر

(واذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع أدنى المقادير والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة) فانه يقع عن احداهما بالاتفاق (بخلاف ما اذا فرق فى الدفع لانه فى الدفعة الثانية فى حكم مسكين آخر) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن كل ظهار وجب لسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغى أن يقع عنهما والثانى انه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا حل وطء التى عينها وأجيب عن الاول بان النية معتبرة فى الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثانى بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارين قدرا أو محلا فصحت نيته فأما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح عن الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا زاد فى الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو أعطى ثلاثين مسكينا كل واحد صاعا وقوله (ومن وجبت عليه كفارتا ظهار) ظاهر وقوله (كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) جواب الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لخروج الامر من يده (وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن أحدهما فى الفصلين) يعنى فى متحد الجنس ومختلفه (وقال الشافعى له أن يجعل عن أيهما شاء فى الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر (جنس واحد) والنية فى الجنس الواحد غير مفيد فبقى نية أصل الكفارة ولو نوى أصل الكفارة كان له ان يجعل ذلك عن أيهما شاء فكذا هذا ووجه قول زفر انه أعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن أحدهما لخروج الامر من يده

واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق فى الدفع لانه فى الدفعة الثانية فى حكم مسكين آخر (ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوى عن احداهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا جاز) لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة (وان أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر لا يجزيه عن أحدهما فى الفصلين وقال الشافعى له أن يجعل ذلك عن أحدهما فى الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له أن يجعل عن أحدهما بعدما أعتق عنهما لخروج الامر من يده

المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع أدنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا فرق الدفع أو كانا جنسين وقد يقال اعتبارها للحاجة الى التمييز وهو محتاج اليه فى أشخاص الجنس الواحد كما فى الاجناس وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من انه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ حتى حل وطء التى عينها ومن الصور ظن انه ظاهر منها اذا أعتق ثم تبين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب فهنا أيضا يجب أن لا يلغو لثبوت الغرض الصحيح فى نية الظهارين وهو حلهما معا أجيب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلهما فى الاطعام مائة وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق وهذا يصير أصل الجواب تسليم وجود المقتضى وادعاء المانع وهو رجوع وانقطاع عن الطريق الاول اذ قد ظهر صحة اعتبار النية فى الجنس الواحد ثم قد يقال عليه ان اعتبار الستين مائة وعشرين بالنظر الى كفارتين ليس بأبعد من اعتبار الواحد ستين فى كفارة واحدة باعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على أن وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة الى كفارة أخرى فهو كمحتاج آخر بالنسبة اليها فما دفع الا مع قيام الحاجة بالنسبة الى كفارة أخرى (قوله وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) هذا اذا كانت الرقبة مؤمنة فان كانت كافرة صح عن الظهار لان الكافرة لا تصلح كفارة للقتل فتعينت للظهار (قوله فى الفصلين) هما صورتا اتحاد الجنس واختلافه (قوله لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر واذهاب أثر تلك الجناية (جنس واحد) ولذا حمل المطلق منهما على المقيد فى الاخرى (قوله خروج الامر من يده) فانه وقع نفلا اذ لا يصح اعتاق نصف رقبة عن كفارة وبذلك خرج من يده

قال المصنف (والمؤدى يصلح كفارة واحدة) أقول فيجب القول به نظرا للفقراء ولكن يخرج عن العهدة بيقين (قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما ان كل ظهار وجب الخ) أقول الظاهر ان المضاف مقدر أى كل كفارة ظهار (قوله وأجيب عن الاول بان النية معتبرة فى الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد) أقول فيه بحث فان لك أن تقول انهما جنسان لاختلاف السبب والخطاب كظهرين نعم قد يتحد السبب مع تعدد الكفارة كما اذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد على ما تقدم قبيل الفصل ولا يمكن ذلك فى الظهرين فتأمل (قوله فأما اطعام ستين مسكينا الخ) أقول فيه بحث فانه لم لا يكفى التفرق الحكمى بنية التوزيع كما كفى التعدد الحكمى فيما اذا أطعم مسكينا واحدا ستين يوما فليتأمل

ولنا ان نيـة التعيين فى الجنس المتحد لغو) قيـل معناه نوى التوزيع فى الجنس الواحـد وكان لغوا واذا لغت صار كأنه أعتق رقبـة عن الظهارين ولم ينوعنهما وذلك جائز وله ان يصرفها الى أيهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسـين مختلفـين لانه نوى التوزيع فى الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسـلم اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة بالاعتاق فى القتـل و لظهار واحـد أجاب بقوله (واختـلاف الجنس فى الحكم وهو الكفارة ههنا باختـلاف السبب) فان القتـل يخالف الظهار لا محالة واختـلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختـلاف اللوازم يدل على اختـلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبـة واحـدة عن كفارتـين مختلفتـين فيكون لكل منهـما نصف الرقبة فـلا يجوز ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنسين المتحـد والمختلف بما ذكره فى الفوائد الظهيرية فقال (نظـير الاول) يعـنى الجنس المتحـد (اذا صام يوما فى قضاء رمضان عن يومـين يجـزيه عن قضاء يوم واحـد) بناء عـلى ماذكرنا من الغاء نيـة التوزيع وبقاء أصـل النيـة اذ الجنس متحـد (ونظـير الثانى) يعنى الجنس المختلف (اذا كان عليـه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيـه من التميـز) فان نوى من الليـل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصـير صائما اذ الجنس مختلف

واعترض على هذا بما اذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية لابد منـه والا لا يقع عن واحد منهما وأجيب بأنا لا نسـلم اتحاد الجنس لانه يختلف باختـلاف الخطاب والسبب فان لكل منهما سببا وخطابا على حـدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من أول الشهر الخ

ولنا أن نيـة التعيين فى الجنس المتحد غير مفيـد فتلغو وفى الجنس المختلف مفيـد واختلاف الجنس فى الحكم وهو الكفارة ههنا باختـلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما فى قضاء رمضان عن يومـين يجزيه عن قضاء يوم واحـد ونظير الثانى اذا كان عليـه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التميـز والله أعلم

امكان ان يجعـله عن احداهما لانه بعد ما وقع على وجـه لا ينقلب الى غـيره (قوله فتلغو) واذا لغت بقى نيـة مطلق الظهار فـله أن يعـين أيهما شاء كما لو أطلقه فى الابتـداء (قوله واختلاف الجنس الخ) لما اختلفت باختـلاف الجنس واتحاده أجوبة المسائل أفاد مابه الاختـلاف والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف وما لا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السـببين أعـنى الوقتـين حقيقـة وحكما اما حقيقـة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بالدلوك وهو من يوم غيره من آخر بخلاف صوم رمضان لانه معلق بشـهود الشهر وهو واحـد جامع للايام كلها بلياليها فكل يوم وان كان سببا لصومـه فكذا شهود الشهر فاجتمـع فى وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر وخصوص اليوم فباعتبار أحد السـببين لا يحتاج فى نية قضائه الى تعيين يوم السبت مثلا أو يوم الاحد وشرط فى الصلوات فان تعـذر عليـه معرفـة يومى الظهرين ينوى أول ظهر عليـه أو آخر ظهر عليـه ان لم يكن ساقط الترتيب وقد أسـلفناه فى باب شروط الصلاة وكذا شرط التعيـين فى اليومـين من رمضانين فينوى عما على من الرمضان الاول أو الثانى لاختلاف السبب مطلقا لعـدم تعلق الخطاب بصومهـما بزمان يجمعهما ولو نوى ظهرا وعصرا أو ظهرا وصلاة الجنازة لم يكن شارعا فى شئ منهـما للتنافى وعـدم الرجحان بخـلاف ما لو نوى ظهرا ونفـلا حيث يقع عن الظهر عنـد أبى يوسف وهو رواية عن أبى حنيفـة ترجيحا بالاقوى ولا يصير شارعا عند محمد أصلا للتنافى ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عنـد محمد لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقى مطلق النية وبها يصح النفل وعند أبى يوسف يقع عن الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلغت فبقى نية القضاء ولو نوى حجة الاسـلام والتطوع فهو عن حجـة الاسلام اتفاقا عند أبى يوسف لما ذكرنا وعند محمد لانه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقى مطلق النيـة وبه تتأدى حجة الاسلام والله أعلم ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفى القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لتدافع النيتين فصار كأنه صام مطلقا وجه الاستحسان ان القضاء أقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء وعن محمـد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين انه عن النذر لانه نفل فى أصله وقدمنا هـذا فى كتاب الصوم وذكرنا الزام محمد شروعه فى النفل فى صورة نية الظهر والنفل فارجع اليه فليكن هـذا رواية عنه فيه هذا ومما يعكر على الاصل المهد ما عن أبى يوسف فى المنتقى لو تصدق عن يمين وظهار فله ان يجعله عن أحدهـما استحسانا والله الموفق

﴿ باب

قد تقدم وجه المناسبة فى أول الظهار واللعان فى اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب أيضا لان اللعن من جانب الرجل وهو متقدم وفى الشريعة شهادات تجرى بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب وسببه قذف الرجل امرأته قذفا لو وجب الحد فى الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجرى اللعان بينهما وركنه الشهادات المخصوصة التى تجرى بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان قال (واذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها ولهذا لا يجرى بين المملوكين (والمرأة ممن يحد قاذفها) حتى لو لم تكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد مجهول النسب لا يجرى بينهما (أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان) فان قيل اللعان يجرى بين الاعميين والفاسقين وليسا من أهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا فى جانب الرجل أيضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجرى وان كانت ممن يحد قاذفها أجيب عن الاول بانهما من أهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهما جاز كذا فى شرح الطحاوى والجامع الصغير لقاضيخان وعن الثانى بانه انما يشترط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب حكم فانها اذا لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم فى حقه مقام حد القذف وهو يقتضى إحصانها بخلاف ما إذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم

﴿ باب اللعان ﴾

قال (اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان)

﴿ باب اللعان ﴾

هو مصدر لاعن سماعى لا قياسى والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد يقال منه التعن أى لعن نفسه ولاعن اذا قاتل غيره ومنه رجل لعنة بفتح العين اذا كان كثير اللعن لغيره وبسكونها اذا لعنه الناس كثيرا قال

والضيف أكرمه فان مبيته * حق ولا تك لعنة للنزل

وفى الفقه هو اسم لما يجرى بين الزوجين من الشهادات بالالفاظ المعروفة سمى ذلك به لوجود لفظ اللعن فى الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم الغضب وهو أيضا موجود فيه لانه فى كلامها وذلك فى كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما سيذكر وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد فى الاجنبية وركنه ذلك المفهوم وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتى وأهله من كان أهلا للشهادة (قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا) بأن يقول أنت زانية أو رأيتك تزنين أو يا زانية هذا مذهب الجمهور وفى المشهور عن مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتى ويحيى بن سعيد واستضعف بأن الكل رمى بالزنا وهو السبب فلا فرق (قوله وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها على المسلم فلا يجرى اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان أحدهما مملوكا أو صبيا أو مجنونا أو محدودا فى قذف وأورد أنه يجرى بين الاعميين والفاسقين مع انه لا أداء لهما ودفع بأنهما من أهلها الا انه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على ان فصل بين نفسه وامرأته فيكون أهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الاعمى لا يلاعن (قوله ممن يحد قاذفها) فلو كانت لا يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أو كان لها ولد

﴿ باب اللعان ﴾

(قوله ثم لقب الباب باللعان الخ) أقول تسمية للكل باسم جزئه (قوله وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان) أقول وفى الكفاية لا تقع الفرقة بنفس اللعان حتى لو طلقها فى هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لو أكذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد النكاح اهـ (قوله وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا فى جانب الرجل أيضا) أقول قال العلامة الزيلعى هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزانى لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجرى بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلا معنى عنع اهـ قال العلامة الامام كمال الدين بن الهمام والحاصل ان المرأة هى المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه فليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه والله أعلم اهـ (قوله لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز الخ) أقول وكذا المحدود فى القذف

وقوله (والاصل) اعلم ان موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف فى الابتداء كما فى الاجنبية لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية ولما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه قال كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة اذ دخل أنصارى فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سمحاء ائت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك فقال الصحابة الآن يجلد هلال ابن أمية فتبطل شهادته فى المسلمين فثبت ان موجب القذف فى الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا فى آية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل فى اللعان ان يكون شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حق الرجل ومقام حد الزنا فى حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل فى الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل أنها شهادات أكدت بالايمان نفيا للتهمة

والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حقه ومقام حد الزنا فى حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس

وليس له أب معروف أو زنت فى عمرها ولو مرة أو وطئت وطأ حراما بشبهة ولو مرة لا يجرى اللعان وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط فى جانب الرجل أيضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجرى اللعان أيضا وان كانت هى ممن يحد قاذفها وأجاب فى النهاية بان اللعان فى حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من احصانها حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم احصانها قذفها لا يكون موجبا شيأ لا حد القذف ولا اللعان أما قذف الرجل عند عدم احصانه فوجب ما هو الاصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم احصانه عن موجبه فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه اذ الحد أصل اللعان فكان فى معنى اللعان قال فى شرح الكنز هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزانى لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجرى بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلاى معنى يمتنع اه الحاصل ان المرأة هى المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه (قوله والاصل) أى ان الاصل فى اشتراط أهلية الشهادة فيهما واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها ان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة وانه قام مقام حد القذف فى حقه أى قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا فى حقها ان كان صادقا (قوله عندنا) قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعى اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات وهو الظاهر من قول مالك وأحمد ممن كان أهلا لليمين وهو من يملك الطلاق فكل من يملكه فهو أهل له عنده فيجب اللعان من كل زوج عاقل وان كان كافرا أو عبدا وعن مالك وأحمد رواية كقولنا وجه قوله قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم فى اليمين والشهادة تحتمل اليمين ألا ترى انه لو قال أشهد ينوى اليمين كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم لان حمله على حقيقته متعذر لان المفهوم فى الشرع عدم قبول شهادة الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرر الشهادة فى موضع بخلاف اليمين فانه معهود فى القسامة ولان الشهادة محلها الاثباتات واليمين للنفى فلا يتصور تعلق حقيقتهما بأمر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا من الموجبين المذكورين وهذا التقرير يقتضى فى حل مذهبه أن يقال أيمان مؤكدة بأيمان لا أيمان مؤكدة بالشهادة ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم أثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفى اثبات وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا أنفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون أزواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له أصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازى لها ولو لم يكن هذا كان امكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وهذا صارف

عن

وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا تأكيدا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ماورد في الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن يجترئن على الاقدام لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل مامعنى اقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة أجيب بأن الحد زاجر والاستشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف يجري مجريانه في الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة أو في كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف أجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة أجيب بأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لامطلقا لانه صار بدلا عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على أن ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود فان المقصود هنالك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل باقامة حد واحد وههنا لايحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي اللعان ايمان مؤكدات بالشهادة فمن كان أهلا لليمين كان أهلا للعان قال (اذا ثبت هذا نقول) يعني اذا ثبت ان الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان نقول (لابد أن يكون المتلاعنان من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد ان تكون المرأة ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابد من الاحصان ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها) كما اذا نفى أجنبي نسب ولد عن أبيه المعروف فانه يكون قذفا للمرأة فكذلك هذا

وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لابد أن يكونا من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد أن تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا

عن المجاز وماتوهم صارفا مماذكر غير لازم قوله قبول الشهادة لنفسه وتكرر الاداء لاعهد به ماقلنا وكل من الحلف لغيره والحلف لايجاب الحكم لاعهد به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاد والاعدام والحكم كيفما أراد شرعية هذين الامرين في محل بعينه ابتداء جاز له أيضا شرعية ذلك ابتداء ثم هما أقرب في القول لعقلية كون التعدد في ذلك المحل أربعا بدلا عما عجز عنه من اقامة شهود الزنا وهم أربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا يثبت عند عدمها أعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله أنه لااله الا هو فغير بعيد أن يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين والزام اللعنة والغضب ان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين اذ موجب شهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما ماهو الثابت بالايمان وهو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بهما لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما وأما قوله اليمين للنفي الى آخره فمحله ما اذا وقعت في انكار دعوى مدع والا فقد يحلف على اخبار بأمر نفي أو اثبات وهنا كذلك فانها على صدقه في الشهادة والحق انها على ماوقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما اذا جمع ايمانا على أمر واحد يخبر به فان هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن أحدهما مؤكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط أهلية الشهادة وعدمها (قوله قائمة مقام حد القذف في حقه) أي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لامطلقا ألا يرى انه لو قذف بكلمة أو بكلمات أربع زوجات له بالزنا لايجزيه لعان واحد لهن بل لابد من أن يلاعن كلا منهن على حدة ولو كن أجنبيات فقذفهن حد واحدا لهن وسبب هذا الافتراق ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة ويتعذر اجتماع الكل في كلمة (قوله ويجب بنفي الولد) هو أعم من كونه ولده منها أو ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية أو نفى نسب ولدها المولود على فراشه لايفيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه

(قوله سبب الهلاك) أقول وكذا في جانبها (قوله أجيب بان اللعان قائم الى قوله فلا يرد عليه الاجنبيات) أقول فيه بحث اذ الظاهر ان حكم نسائه في الابتداء كان حكم الاجنبيات فيتوجه السؤال ويجيء بعد ثلاثة أسطر

ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة كما اذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلابد من طلبها كسائر الحقوق (فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) لانه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب

أجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا في شرح الكنز (قوله ولا يعتبر احتمال الخ) جواب عن مقدر تقديره ان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا أجاب بانه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته إلا من هذا الفراش القائم فاذا انفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا لثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه عن زنا فكان قذفا ما لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر عن غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبة أمه الى الزنا به ثم شبهه بما اذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف يعني فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفي النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعي ثم قال وأجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدتيه من زوجك لا يصير قاذفا ما لم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعي الا أنا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه إما لانه لم يقربها أو عزل عنها عزلا بينا ولا يدري من أين هو يعني فيحتاج الى نفيه لانه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يتمكن منه الا باللعان وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقريره قوله في الكتاب ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود هذا الاحتمال كما في نفي أجنبي نسبه عن أبيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية ثم أورد صورة الاجنبية مقيسا له عليه فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لاجنبية و بين قوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرهما وما في كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع بشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا يعني في نفي نسب ولده من زوجته أجيب عنه بأنا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بيناها قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنا بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررناه فانه يستلزمه (قوله ويشترط طلبها) وبه قالت الائمة الثلاثة لانه أي اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفي الولد فان الشرط طلبه لاحتياجه الى نفي من ليس ولده عنه (فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) فيحد وعند الشافعي اذا امتنع حده حد القذف وكذ اذا

(ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به) وقال الشافعي لا يصير بنفي الولد قاذفا لها ما لم يقل وإنه من الزنا لجواز أن يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير قاذفا ما لم يقل ولد من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام والقياس ما قاله الا انا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطأها أو عزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه بزنا أو بوطء عن شبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق الاجنبي (ويشترط طلبها) بموجب القذف (لانه حقها) لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها (فلابد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب) وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب أي سبب اللعان أي علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا أكذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا واما اذا أكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في أنها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك واما النسخة الاخرى فقيل انها معتبرة على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر ألا ترى انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال أراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس لاعن

(قوله فانه لا يصير قاذفا) أقول مخالف لما مر آنفا

(ولولاعن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعى (فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) لانه حق مستحق عليها وهى قادرة على ايفائه فتحبس فيه (واذا كان الزوج عبدا أو كافرا أو محدودا فى قذف فقذف امرأته فعليه الحد) لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه

لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن أو تصدقه فيرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه والاوجه كونه القذف فهو السبب والتكاذب شرط وفى بعض النسخ فيرتفع الشين وهذا اذا اعترف بالقذف فلو أنكر فأقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفى الجامع لو مات الشاهدان أو غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفى المال يقضى بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما وفى بعض نسخ القدورى أو تصدقه فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر فى وجوب الحد بل فى درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته فى نفى الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان فى ابطاله وجه قول الشافعى ان الواجب بالقذف مطلقا الحد بعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم الا أنه يتمكن من دفعه فيما اذا كانت المقذوفة زوجة باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفعه به يحد ومثله فى المرأة اذا لم تلاعن بعد ما أوجب الزوج عليها اللعان بلعانه فاذا امتنعت حدت للزنا ويشير اليه قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله قلنا قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم الى قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات أى فالواجب شهادة أحدهم وقد عرف ان فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيرا فأفادان الواجب فى قذف النساء اللعان فاما أن يكون ناسخا أو مخصصا العموم ذلك العام للاجماع على أنه ليس بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الثابت فى قذف الزوجات انما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن ايفائه بل تحبس لايفائه كما فى كل حق امتنع من هو عليه عن ايفائه لا يعاقب ليوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام وهو مخصص أول وللعلم بتأخره على ما رووا انه صلى الله عليه وسلم قال للذى قذف امرأته ائت بأربعة شهداء والا فحد على ظهرك فنزلت آية اللعان ولم يتعين كون المراد من العذاب فى الآية الحد لجواز كونه الحبس واذ قام الدليل على أن اللعان هو الواجب وجب حمله عليه قيل والعجب من الشافعى لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا فاسقا وأعجب منه انه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب وأسقط به كل من الرجل والمرأة الحد عن نفسه وأوجب به الرجم الذى هو أغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها النكولها بامتناعها عن اللعان قلنا هو أيضا من ذلك العجب فان كون النكول اقرارا فيه شبهة والحد مما يندفع بها مع أنه غاية ما يكون بمنزلة الاقرار مرة ثم ان عنده هذه الشبهة أثرت فى منع ايجاب المال مع أنه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو أغلظ الحدود وأصعب اثباتا وأكثر شروطا وفى كافى الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحد هى وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهد واحد الثلاثة ولاعن الزوج (قوله أو كافرا) صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فأسلمت هى فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه (قوله فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات) يعنى الحد ولا تحرير فى هذا الكلام الا أن يكون الموجب الاصلى هو الحد فى حق العموم وقد جعل له أن يسقطه باللعان

(ولولاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص) وهو قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله وقوله (الا أنه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعى) بناء على أن اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعى والاستثناء بمعنى لكن كأنه استشعر أن يقال المتلو من النص لا يدل على المبدوء به فقال الا أنه يبتدأ به وقوله (فان امتنعت) ظاهر (واذا كان الزوج عبدا أو كافرا) بان كانا كافرين فأسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل أن يعرض عليه الاسلام (أو محدودا فى قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته) لانه ليس من أهل الشهادة (فيصار الى الموجب الاصلى) (وهو) حد القذف (الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية) فانه كان هو المشروع أولا ثم صار اللعان خلفا عنه فى قذف الزوج عند وجود الشرائط فاذا عدمت صير الى الاصل

وقوله (وان كان)هو (من أهل الشهادة) ظاهر وقوله (والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لالعان بينهم و بين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك) قيل وهذا الحديث لم يوجد له أصل فى كتب الحديث ولكن أبو بكر الرازى ذكره فى شرحه لمختصر الطحاوى باسناده عن عبد الباقى الى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابى بكر الرازى لعدالته وضبطه وفقهه مقتدى (ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد) لان

(وان كان من أهل الشهادة وهى أمة أو كافرة أو محدودة فى قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حد عليه ولا لعان) لانعدام أهلية الشهادة وعدم الاحصان فى جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل فى ذلك قوله عليه السلام أربعة لالعان بينهم و بين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته إذ هو ليس من أهله

كما قال الشافعى وأما على ما قررنا من ثبوت نسخها فى قذف الزوجات فلا يكون الحد موجودا فى قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير اليه فيهن لانه مصير الى غير حكمه والدليل ينفيه والحق فى التقرير أن يقال النص انما نسخ حكم الحد فى حق من كان من أهل الشهادة من الازواج لا فى كل زوج لان لفظة الناسخ ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم تفيد ذلك فيبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن أهلا فيعمل بمقتضاه (قوله وان كان) أى الزوج (من أهل الشهادة) وهى ليست من أهلها أو من أهلها الا أنها لا يحد قاذفها بان تكون قد زنت فى عمرها فلا حد ولا لعان وهو ظاهر فيما اذا كانت لا يحد قاذفها أما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا أنها ليست من أهل الشهادة بان تكون عفيفة محدودة فى قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من أين يستلزم امتناع الحد والحال انها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج ولم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان أهلا للعان بان كان أهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه الا اللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب بخلاف ما اذا امتنع من جهته بعدم أهليته للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا (قوله والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لالعان بينهم) أخرج ابن ماجه فى سننه عن ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراسانى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك وأخرجه الدارقطنى عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصى عن عمرو بن شعيب وأخرجه بالطريق الاول أيضا وقال وتابعه يعنى تابع عثمان بن عطاء الخراسانى يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضا ضعيف وروى عن الاوزاعى وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم أخرجه كذلك موقوفا ثم أخرجه عن عمارة بن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وأنت علمت أن الضعيف اذا تعددت طرقه كان حجة وهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الامامين اياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذى ذكرناه من أنه شهادات الى آخره (قوله ولو كانا محدودين فعليه الحد) لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا اذا كان هو عبدا وهى محدودة فى قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافرة لا يوجبه بخلاف قذف المحدودة اذا كانت عفيفة فانه لو قذفها أجنبى يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة أو الامة أجنبى لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين

امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها أيضا وهى محدودة فى القذف درأ للحد أجيب بان المانع عن الشئ انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضى لانه عبارة عما ينتفى به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف فى نفسه موجب الحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة فى قذفه بطل المقتضى فلا يجب الحد لانه لم ينعقد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهى مملوكة أو مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من أهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب أن يحد لان القذف يوجبه وأجيب بان فى العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درأ للحد وليس كذلك المحدود فى قذف

(قوله قيل هذا الحديث الخ) أقول القائل هو الاتقانى (قوله يجب عليه الحد) أقول كيف يجب الحد والمقذوفة غير محصنة بخلاف قذف المحدودة فى القذف فانه لا ينافى الاحصان (قوله لان له شهادة بعد العتق) أقول فعلى هذا ينبغى أن لا يحد الزوج القاذف اذا كان عبدا وهى محدودة فى قذف مع انه يحد الا انه كلام على السند الاخص صرح به ابن الهمام

(وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) والاصل فيه ماتلوناه من النص وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه أقطع للاحتمال وجه ماذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال (واذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما)

مجنونين وعند الشافعي وغيره يلاعن في الكل لان كل من هو من أهل اليمين فهو أهل له الا اذا كان أحدهم صغيرا أومجنونا قيل عليه كما أن امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها فكان ينبغي أن تراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغي أن ينتفي اللعان فقط وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد والجواب أن القذف وجد أولا منه وهو مقتض للعان ان كان أهلا للشهادة والحد ان لم يكن وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار للمانع الا بعد وجود المقتضي لان مفهوم المانعية يقتضي ذلك اذ حقيقته نسبته الى المقتضي بالمنع ولا وجود لمقتضي اللعان فلا تعتبر المانعية من جهتها اللعان والحد انما يسقط بما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فان قذف الزوج موجب للحد (قوله وصفة اللعان الخ) ظاهر في تعينه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية وفي البدائع ينبغي أن يعيد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح الا بعد وجود شهادته ولهذا يبتدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان يمين لاشهادة ويجوز تقديم احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب ومقتضاه لزوم الاعادة كقول الشافعي لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا تجب اعادته وبه قال مالك وهو الوجه لان النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة عنها بقوله ويدرأ عنها العذاب أن تشهد ولان الفاء دخلت على شهادته على وزان ماقلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه عقب جملة الافعال للقيام الى الصلاة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة ﴿فروع﴾ قذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الائمة الاربعة ولو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثاني ويحد للاول ليسقط اللعان ولو طلبت اللعان أولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل أن أتزوجك أو زنيت قبل أن أتزوجك فهو قذف في الحال فتلاعن وقال مالك والشافعي يحد وما في خزانة الاكمل من أنه يلاعن في قوله زنيت قبل أن أتزوجك ويحد في قوله قذفتك قبل أن أتزوجك أوجه قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردتها ولو أسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم أبانها يسقط اللعان ولو أكذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد اللعان (قوله لانه أقطع للاحتمال) أى لاحتمال ان يضمر مرجعا للضمير الغائب غيرها بخلاف الخطاب وتقول هي أيضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا والاولى ان يقيمهما القاضي متقابلين ويقول له التعن (قوله اذا انضمت إليه الاشارة انقطع الاحتمال) يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لأن المراد ان انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها الاحتمال معها (قوله لاتقع الفرقة) حتى لو مات أحدهما قبل تفريق

قوله (وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي) صفة اللعان على ماذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (فاذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد انه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا

قال المصنف (وتقول في الخامسة غضب الله عليها) أقول قال الزيلعي وانما خصت المرأة بالغضب لان النساء يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب اه في الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير

(وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نفى الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن (ولنا قوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) ووجه الاستدلال (ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم) وقوله (دل عليه) أي على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل وقوله (قول ذلك الملاعن) يريد به عويمرا العجلاني فانه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان أمسكتها هي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر

رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها أجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روى انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجيء (ثم اذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين)

وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها هي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

القاضي ورثه الآخر ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بأن أكذب نفسه أوقذف أحدهما انسانا فحد للقذف أو وطئت هي وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطأها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلاثا ثلاثا خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر وبقية الائمة لا ينفذ (قوله بالحديث) يشير الى حديث المتلاعنان لا يجتمعان أبدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من ان ترتيب الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ اشتقاقه علته وسيأتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا مستلزما لوقوع الفرقة بمجرد لعانه قيل وينبغي على هذا أن لا تلاعن المرأة أصلا لانها ليست زوجة والتمسك بما روى زفر انما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان أحدهما وهذا لان حقيقته حال اشتغالهما باللعان وهو لا يدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتعذرارادتها وأقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول وليس يلازم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو انهما لا يأتلفان بعد اللعن فليس بقطعي في ذلك بل ولا ظاهر بل يجوز حدوث الالفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمة فات الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان كما فيما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته أمره القاضي بالتسريح أو التكفير الا أن الظلم هنا لا ينتهي بكل من الامرين بل بأمر واحد هو الطلاق فينحصر أمره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لدفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بامه وما أخرجاه أيضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغا من لعانهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه

(قوله يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نفى الاجتماع) أقول هذا دليل آخر غير ما ذكره المصنف كما لا يخفى (قوله وهو تنصيص الخ) أقول يعني نفي الاجتماع كالتنصيص فان نفي الاجتماع يستلزم الافتراق (قوله ووجه الاستدلال الى قوله ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل) أقول فيه بحث فان زفر يقول ثبت التسريح بنفس التلاعن الا أن يحمل كلامهما على المنع والسند يعني لا نسلم ان ثبوت الحرمة يستلزم ثبوت الفرقة كما في الظهار بل يستلزم فوات الامساك بالمعروف واذا حمل على ما ذكرنا يظهر وجه ترك المصنف لفظة أيضا العدم وفائه ما تقدمه بالمطلوب فتأمل قال المصنف (دل عليه قوله عليه السلام) أقول فيه بحث فان الثابت منه صلى الله عليه وسلم تقرير الملاعن على قوله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا (قوله أجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر الخ) أقول الذي في كتب الحديث ان قوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو قبل سؤاله المهر ولا يكون الجواب قبل السؤال قال المصنف (لان فعل القاضي انتسب اليه) أقول فعله هو التفريق المقرون بالحرمة وذلك هو معنى البائن وسيجيء وجه آخر في باب العنين

(وهو خاطب اذا أكذب نفسه) عندهما وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نص على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان

عليه وسلم وهو الذي عنى المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن الى آخره لكن الصواب ما علمت ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواه أبو داود وقال فطلقتها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا قال البيهقي قال الشافعي ان عويمرا حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان في السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر تفريق حكم لا لفرقة الزوج وقول الزهري وسهل فكانت سنة المتلاعنين أي الفرقة قال البيهقي والذي يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما في قصة هلال بن أمية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ليس لها عليه قوت ولا سكنى من أجل انهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها وأجيب بأنه لو وقعت الفرقة بمجرد اللعان لانكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله يا رسول الله مالي قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها فدل تفريقه صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من أجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لانا لم ندع فيه انه محرم حتى يكون ترك الانكار فيه حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات اليه ويجاب بأنه يستلزم مفسدة حينئذ لان السكوت يفيد تقريره وانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى المفاسد لانه يفيد تقرير وقوعه الآن فيستلزم فيما لو فرض عدم طلاقه أو تأخيره الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضي حتى ظن حلها فيجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الافضاء الى مثل هذا فان دفع بأن المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا اذ الفرض أن بمجرد الفراغ عندنا يأمره القاضي ان يطلق فان أبى طلق هو والموت في مثلها أندر نادر قلنا ولو كان لا يجوز لانه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا وأيضا فحديث ابن عمر فانه قال فيه فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني أمضى ذلك الطلاق وهو حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لا يقع أو تقع واحدة ثم هو أولى من حديث ابن عباس لانه رفع امضاءه صلى الله عليه وسلم الطلاق وذلك انما يكون بفهمهم اعتبار ذلك منه صلى الله عليه وسلم (قوله وهو خاطب الخ) يعني اذا أكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد أو لم يحد صار خاطبا من الخطبة يحل له تزوجها خلافا لابي يوسف ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظر فان لم يطلقها قبل الاكذاب حد أيضا وان أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لان اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة ولا يجب الحد لان قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف اكذاب نفسه بعد اللعان لان حده حينئذ للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الاول لانه أخذ حكمه من اللعان ولذا يحد شهود الزنا اذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته الى الزنا وعلى هذا لو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا

وقوله (وهو خاطب اذا أكذب نفسه عندهما) مسئلة مبتدأة (وقال أبو يوسف هو) أي الثابت باللعان (تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) نص على التأبيد وهو ينافي عوده خاطبا (ولهما أن الاكذاب) أي الاقرار بالكذب (رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان ماداما متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين إما حقيقة بمباشرتهما اللعان أو مجازا باعتبار بقاء حكمه ولم يبق شئ بعد الاكذاب أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان

(قوله لانهما يكونان متلاعنين) أقول الاظهر أن يقول وكونهما متلاعنين الخ (قوله وجب عليه الحد) أقول يعني بكلمات اللعان كما يجيء (قوله فبطلت أهلية اللعان الخ) أقول بطلان أهلية اللعان انما يكون باقامة الحد عليه لا بوجوبه فقط والاصوب طرح لفظة الاهلية من البين فليتأمل ويجيء بعد سطور ما يفهمك ما قلت وما غير الشارح الا قول المصنف في تعليل قول القدوري فان عاد الزوج وأكذب نفسه الخ الا ان وضع المسئلة هنالك فيما اذا أكذب نفسه بعد اقامة الحد عليه وهنا ليس كذلك وبهذا يظهر انه لا تكرار

لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهى زوجة ثم بانت ولو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية حد وكما يحل له بإكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا أجنبيا بعده فحدت أو قذف هو أجنبيا فحد أو زنت أو ارتد أحدهما حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلا للشهادة لارتفاع السبب الذى لاجله افترق المتلاعنان وهو على ما قالوا انه كى لا يتكرر اللعان بان يقذفها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين الا مرة فى العمر أو يخلو القذف عن الموجب فى الدنيا فبخروج أحدهما عن الاهلية وقع الامن من ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة واذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسخا ويلزم على قول أبى يوسف أنه لا يتوقف على تفريق القاضى لان الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف فى كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت فاذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضى واستدلوا بالحديث المذكور فى الكتاب وروى الدارقطنى بسنده من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان اذا افترقا لا يجتمعان أبدا وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازى فى ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح اسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم انهما لا يفترقان بمجرد اللعان للتأمل فهو حجة على الشافعى على مقتضى رأيه وأخرجه الدارقطنى أيضا موقوفا عن على وابن مسعود قالا مضت السنة المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وروى عبد الرزاق عن عمر وابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ورواه ابن أبى شيبة موقوفا على عمر وابن عمر وابن مسعود وأجاب المصنف بقوله ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه يعنى ان الحكم فى هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفة الموضوع فهى القضية المسماة بالمشروطة ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكما بالاكذاب لنفسه لثبوت النسب ان كان القذف بنفى الولد ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعا فينتفى الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت نقيضه وهو حل الاجتماع وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمناه من أن ارادتهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير أن يراد من وجد بينهما تلاعن فى الخارج وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الاكذاب اذ ارتفاع حكمه وقطع اعتباره قائما شرعا عند الاكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود فى الخارج ولكن بقى النظر فى أى الاحتمالين أرجح وأظن ان الثانى أسرع الى الفهم والله أعلم وأما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام فقد منا منعه وما ذكره بعضهم من أن سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعونا أو مغضوبا عليه فما أبعده عن الفقه اذ لا شك فى بقاء اسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذى الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح (قوله ولو كان القذف بولد نفى القاضى نسبه وألحقه بأمه) شرط هذا الحكم أن يكون العلوق فى حال يجرى بينهما فيه اللعان حتى لو علق وهى كافرة أو أمة ثم عتقت وأسلمت فنفى نسب ولدها لا ينتفى ولا تلاعن لان انتفاءه انما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ولان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع والله أعلم وفى الذخيرة لا يشرع اللعان بنفى الولد فى المجبوب والخصى ومن لا يولد له ولد لانه لا يلحق به الولد وفيه نظر لان المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان فى القذف بنفى الولد فى نكاح فاسد وعند الشافعى وأحمد يجب اللعان به وكذا فى نفيه من وطء بشبهة وعند أبى يوسف فيهما الحد واللعان لانه يلحقهما بالنكاح الصحيح وفى الذخيرة قذفها بنفى ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبى به فحد

الاجنبى

(ولو كان القذف بولد نفى القاضى النسب من الاب وألحقه بامه)

وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفى الولد وكذا فى جانب المرأة (ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر فى اللعان الامرين ثم ينفى القاضى نسب الولد ويلحقه بامه) لما روى أن النبى عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفى الولد فيوفر عليه مقصوده

الاجنبى يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفى بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه (قوله وصورة اللعان) أى فى القذف بنفى الولد (قوله لما روى انه صلى الله عليه وسلم نفى نسب ولد امرأة هلال) قيل انه غلط فانه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفى ولد وقيل المراد بنسب ولدها الذى أتت به فانها حملت من الوطء الذى قذفها به والحديث فى البخارى وأبى داود تختلف ألفاظهما وتتفق عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى ذلك بعينيه وسمع باذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله انى جئت اهلى عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعينى وسمعت بأذنى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ماجاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم الآية فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى سبحانه وتعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسلوا اليها فجاءت فتلا عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الآية وذكرهما وأخبرهما ان عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا وقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذبت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كانت الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب فقال والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى الله عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ثم قيل لها اشهدى فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقى الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومى فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها الاب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضى أن لا يثبت لها عليه سكنى ولا قوت من أجل انهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان جاءت به أصيهب أو أريصح أثيبج ناتئ الاليتين حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذى رميت به فجاءت به أورق الى آخر الاوصاف الثانية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان لى ولها شان قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك أميرا على مصر وما يدعى لاب هذه فى لفظ أبى داود وفى رواية أخرى سائر اليوم لا أفضح قومى وفى مسلم والنسائى عن أنس ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لامه وكان أول رجل لاعن فى الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظر وها فان جاءت به أبيض سبطا قضىء العينين فهو لهلال بن أمية وان جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فأنبئت انها جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهذا وماقبله يدل على انها كانت حاملا وقطع نسب الولد الذى تأتى به وفى سنن النسائى أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلانى وامرأته وكانت حبلى وأخرجه عبد الرزاق هكذا أيضا وقال زوجها ماقربتها منذ عفار النخل وعفار النخل انها كانت لا تسقى بعد الابار بشهرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فجاءت بولد على الوجه المكروه

وصورة اللعان فى ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الخ) وهو ظاهر (وقوله ولان المقصود من هذا اللعان نفى الولد) حيث كان القذف به (فيوفر عليه) أى على الزوج (مقصوده

(قوله فيوفر عليه أى على الزوج مقصوده) أقول وعندى ان مرجع الضمير البارز هو اللعان والاضافة لادنى ملابسة

فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا) لنفيه فلا يحتاج أن ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه (وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الاب) حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه (لانه) أي نفي الولد (ينفك عنه) أي عن التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلا بد أن يصرح القاضي بنفي النسب عنه رواه بشر عن أبي يوسف (فان عاد الزوج وأكذب نفسه) بعد اللعان (حده القاضي لاقراره بما يوجب الحد عليه) قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف فانه اذا أكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان لفوات المقصود ولا حد عليه لان قذفه كان موجبا اللعان والقذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها لان وجوب اللعان هنالك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها باكذابه نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان أكذب نفسه فلو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلاث وانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحته ثم أبانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها اذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط (وقوله وحل له أن يتزوجها) تكرار لقوله وهو خاطب اذا أكذب نفسه عندهما ويجوز أن يقال ذكر هنالك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري وقوله (وكذلك ان قذف غيرها فحد به) يعني جاز له أن يتزوجها وقوله (لما بينا) يريد به قوله لانه لما حد لم يبق أهلا للعان وزان

فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره (فان عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) لاقراره بوجوب الحد عليه (وحل له أن يتزوجها) وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم (وكذلك ان قذف غيرها فحد به) لما بينا

وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهدت عويمر بن الحرث العجلاني وقد رمى امرأته بشريك بن سحماء وأنكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فرأيتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر ثم ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لا نعلم فيها الا خيرا فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت أمه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي وحدثني غير الضحاك بن عثمان ان عويمرا فساق الحديث الى أن قال ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك بن سحماء وشهد عويمر بن الحرث وشريك بن السحماء أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا ان الولد عاش سنتين ومات ونسبه ما نسب في قصة هلال الى شريك اليه أيضا في قصة عويمر قيل ويجمع بينهما بأنهما واقعتان وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين أيضا في قصة هلال عن ابن عباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجد عند أهله فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا ان اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهذا تعارض (قوله فيتضمنه القضاء الخ) أي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق (قوله وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق الخ) أي لا يثبت قطع النسب ضمنا للتفريق لانه أي التفريق باللعان (قوله ينفك عنه) أي عن نفي الولد كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفى نسب أم الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به (قوله فلا بد من ذكره) حتى لو لم يقله لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الحي الى النسب ولو ترك بنتا ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس لهما ان الابن يعير بانتفاء نسب أمه كأبيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها (قوله فان عاد الزوج فأكذب نفسه) أي بعد اللعان ونفي الولد (قوله وهذا عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد على ما سبق (قوله وكذلك ان قذف غيرها الخ) على

قال المصنف (فان عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) أقول في النهاية اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف اه يعني بعد القذف قبل اللعان (قوله قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها) أقول لا معنى لهذا الكلام بعد تقييد المسئلة بقوله بعد اللعان (قوله بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها) أقول وأما اذا أكذب نفسه قبل التطليق واللعان فانه يحد اذ حينئذ ينقلب قذفه سببا للحد لتعذر اللعان من جهته ولا مجال لذلك المقال اذا أكذب بعد التطليق لان المقصود باللعان لما حصل كأنه حصل نفسه فيقرر سببية اللعان تأمل والله المستعان وبعبارة أخرى تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصير الى الموجب الاصلي كما سبق وفي الاكذاب بعد التطليق حصل المقصود بالخلف فلا يصار الى الاصل (قوله تكرار لقوله) أقول وفيما قدمنا في أول هذا الورق ما ينبهك على انه لا تكرار

(وكذا اذازنت فحدت) لانتفاء أهلية اللعان من جانبها (واذاقذف امرأته وهى صغيرة أومجنونة فلا لعان بينهما) لانه لايحد قاذفها لو كان أجنبيا فكذا لايلاعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا اذا كان الزوج صغيرا أومجنونا) لعدم أهلية الشهادة (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعى وهذا لانه لايعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها (واذاقال الزوج ليس حملك منى فلالعان بينهما) وهذاقول أبى حنيفة و زفر لانه لايتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفى الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وهومعنى ماذكر فى الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذالم يكن قذفا فى الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال ان كان بك حمل فليس منى والقذف لايصح تعليقه بالشرط

وزان ماقدمنا فى زوال الاهلية بعد اللعان بالقذف بمجرد الزنا (قوله وكذا اذازنت فحدت) قيل لايستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد ان تزنى تخرج عن الاهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهومعنى القذف فيستقيم حينئذ توقف حلها للاول على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فان حدها حينئذ الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال أهلية الشهادة بطرو الفسق مثلا لايوجب بطلان ماحكم به القاضى عنها فى حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع فى حال الاهلية ليبطل أثره من الحرمة (قوله ولو قذفها وهى صغيرة أومجنونة) قذفا مقتصرا (فلا لعان) وكذا لوأسند القذف وهى ممن يحد قاذفها فى الحال بان قال زنيت وأنت صبية أومجنونة وجنونها معهود ولم يكن قذفا فى الحال لان فعلها لايوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وأنت ذمية أومنذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فانه يقتصر (قوله لانه) أى اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال أحلف مكان أشهد لايجوز ولاشهادة للاخرس فى الاموال فههنا أولى وكذا اذا كانت خرساء لالعان لان قذفها لايوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه أولتعذر الاتيان بلفظ الشهادة (قوله وفيه خلاف الشافعى) ومالك والظاهرية فيلاعن بالاشارة عندهم اعتبروه بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته وقالوا ان أمامة بنت أبى العاص اصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فأشارت أى نعم فرأوا أنها وصية قلنا لم يثبت ذلك ولو ثبت فتجويز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لايستلزم جواز حدهم بها فلا يجوز اللعان لان الاشارة لاتعرى عن الشبهة والحد يندرئ بها بخلاف غيره فانه يثبت معها (قوله وهذاقول أبى حنيفة وزفر) وبه قال أحمد والثورى والحسن البصرى والشعبى وابن أبى ليلى وابو ثور وبقولهما قال مالك وأبو حنيفة أولا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ) يعنى وقت الوضع اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوى عن أبى يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعى لحديث هلال بن أمية أنه صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ماتفيده القصة التى ذكرناها (قوله يصير كالمعلق) كانه قال ان كان فى بطنك ولد فهو من الزنا ولوقاله لايلزمه الحد فكذا ماىعناه وان لم يكن حقيقة المعلق اذ بالولادة يظهر انه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق اذ فى كل موقوف شبهة التعليق اذ لايعرف حكمه الابعاقبته فهو كالشرط فى حقنا وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندرئ بالشبهات وبثبوت الشبهة امتنع لعانها حاملا عندنا لان الحمل وان ترتب عليه أحكام كرد المبيعة به والارث له والوصية به وله فلا

(وكذا اذازنت فحدت) له ان يتزوجها (لانتفاء أهلية اللعان من جانبها) فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الاحصان والمرأة والرجل اذا زنيا بعد احصانهما رجما فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك أنى تبقى محلا للتزوج أجيب بان معنى قوله حدت جلدت وتصوير المسئلة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد قال (واذاقذف امرأته وهى صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لانه لايحد قاذفها لو كان القاذف أجنبيا) لعدم احصانهما لان من شرطه البلوغ والعقل (فكذا لايلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا أومجنونا لعدم الاهلية) لكونه غير مخاطب (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف لايثبت الا بالصريح فكذلك اللعان (وفيه خلاف الشافعى) هو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق (ولنا ان الاشارة لاتعرى عن الشبهة) لكونها محتملة (والحدود تندرئ بالشبهات) واللعان فى معنى الحد وقوله (واذاقال الزوج ليس حملك منى) ظاهر والضمير فى قوله بقيام الحمل عنده للقذف وقوله (والقذف لايصح تعليقه بالشرط) انما كان كذلك لان القذف مما لايحلف به لافضائه الى ابقائه الى زمان وجود الشرط فى ذمة الحالف وفى ذلك احتيال لاثبات مايندرئ بالشبهات

(وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا) ظاهر وقوله (وقد قذفها حاملا) روى انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال وفى رواية احيمر قصيرا وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التى سبقت لكان لى ولها شان (ولنا ان نفى الولد حكم من أحكامه والاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله) أى قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولادة فان قيل بل تترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله أجيب بان اللعان فى حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر فى الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب براد به بعضها ونفى الولد منها لئلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة (والحديث) أى حديث هلال (محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحى) بدليل ما روينا انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحى وقوله (واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو فى الحالة التى تقبل التهنئة) قال فى النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر وقوله (يصح نفيه فى مدة النفاس) يعنى اذا كان حاضرا (ولابى حنيفة انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتأمل) لئلا يقع فى نفى الولد مجازفا (وأحوال الناس فى ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه) أى على عدم النفى وهو قبوله التهنئة

(وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا (ولم ينف القاضى الحمل) وقال الشافعى ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحى (واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو فى الحالة التى تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب هذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه فى مدة النفاس) لان النفى يصح فى مدة قصيرة ولا يصح فى مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه أثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت فهو ممتنع عن النفى

يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفى الحمل بل بالزنا قال وجدت شريك بن سحماء على بطنها يزنى بها وقوله صلى الله عليه وسلم انظروا فان جاءت به كذا الى آخر ما قدمنا فانظره كان إما لعلمه صلى الله عليه وسلم بحملها من طريق الوحى أو لان اللعان تأخر حتى ظهر الحمل وكذا أنكر أحمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزى على أن كون لعانهما كان قبل الوضع معارض فقد قدمنا فى الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد أنه كان بعد وضعها وهو قوله فقال صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شبيها بالذى ذكر زوجها انه وجده عند أهله فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل بأحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف (قوله ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه) أى على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونه نفخا أو ماء وقد أخبرنى بعض أهلى عن بعض خواصها انها ظهر بها حبل واستمر الى تسعة أشهر ولم يشكك فيه حتى تهيأ له بتهيئة ثياب المولود ثم أصابها الطلق وجلست الداية تحتها ولم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفى كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد وأما توريثه والوصية به وله فلا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل وأما العتق فانه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى وأما رد الجارية المبيعة بالحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفى البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الاصحاب أما عند أبى حنيفة فظاهر وأما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له حكم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان بها لانه من قبيل الحدود والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب (قوله واذا نفى الرجل) الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفى الولد وله شرطان متفق ومختلف فالمتفق أن لا يقبل التهنئة أو لا يسكت عندها وهذا من المواضع التى اعتبر

فيها

(قوله روى انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال الى آخر الحديث) أقول الاصيهب تصغير الاصهب وهو الذى يضرب شعره الى الحمرة والاريصح تصغير الارصح وهو قليل لحم الفخذين وحمش الساقين أى دقيقهما بالحاء المهملة المفتوحة (قوله وان جاءت به اسود جعدا جماليا الحديث) أقول الجمالى بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل قال المصنف (لتمكن الاحتمال قبله) أقول أى قبل الولادة وتذكير الضمير لكونها فى تأويل أن مع الفعل قال المصنف (والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحى) أقول فيه بحث لان أحكامه عليه السلام محمولة على نصب الشرع الا أن يقوم دليل على كونها من الخصائص كما تقرر فى الاصول

أوسكوته عند التهنئة فان ذلك اقرار منه أن الولد له وكذلك ابتياعه مايحتاج اليه لاصلاح الولد عادة أومضى ذلك الوقت وهو ممتنع
عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لايصح النفي بعده وليس فيماذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كماترى

ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التى ذكرناها على الاصلين قال (واذا ولدت ولدين فى بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثانى يثبت نسبهما) لانهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) لانه أكذب نفسه بدعوى الثانى وان اعترف بالاول ونفى الثانى يثبت نسبهما لماذكرنا ولاعن لانه قادر بنفى الثانى ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة

فيها السكوت رضا وقد أوردناها منظومة فى كتاب النكاح الافى رواية عن محمد فى ولد الامة اذاهنئ به فسكت لايكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب الابالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس دعوة ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه فى النفى والمختلف فيه أن يقع أعنى النفى فى زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند أبى حنيفة ولووقع بعده ان كان لم يقبل تهنئة لاينتفى الااذا كان غائبا على ماسيذكر ثم لم يعين لهامقدار فى ظاهر الرواية وذكر أبو الليث عن أبى حنيفة تقديرها بثلاثة أيام وروى الحسن عنه سبعة لانها أيام التهنئة وضعفه السرخسى بان نصب المقادير بالرأى متعذر وعندهما هى مقدرة بمدة النفاس لانها أثر الولادة وكان القياس أن لايجوز النفى الاعلى فور الولادة كقول الشافعى الأنا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لان النفى يحتاج اليه كى لايقع فى نفى ولده أواستلحاق غير ولده وكلاهما حرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نزلت آية الملاعنة أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شئ ولن يدخلها الله جنته وأيمارجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه أبوداود والنسائى وفى الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم من ادعى أبا فى الاسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة إذا طالت لايجوز النفى فجعلا القصيرة مدة النفاس لانه أثر الولادة ولذا أحكام الولادة ثابتة فيهامن عدم حل الصلاة والصوم والقربان فكانهما فور الولادة وقال لامعنى لتعيين مدة أصلا لانها للتأمل والناس مختلفون فيه والاحوال أيضا تختلف فى إفادته فاعتبرنا مايدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكرمايدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله أوأمن على دعاء المهنئ أوسكوته عند تهنئته أوابتياعه متاع الولادة أومضى ذلك الوقت وقد يقال ان اعتبار مضى ذلك الوقت وماقبله لجواز النفى لم يخرج عن التعيين فينافيه قوله لامعنى للتعيين أصلا انتهى (قوله وإن كان غائبا) ماتقدم كان إذا كان حاضرا فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التى ذكرناها على الاصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة وعن أبى يوسف إن قدم قبل أن تمضى مدة الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين يوما وإن قدم بعدها فليس له أن ينفيه أصلا لانه لوجاز ذلك لجاز بعدماصار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر فى مدة النفاس فله نفيه إلى تمام الاربعين عند أبى حنيفة ومحمد وذكر فى غير رواية الاصول عن أبى يوسف اذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن وقال محمد لونفاه بعد الحولين إلى أربعين يوما من حين بلغه يلاعن بينهما ويقطع نسبه (قوله لانهما توأمان) هما اللذان بين ولادتيهما أقل من ستة أشهر (قوله وحد الزوج لانه أكذب نفسه بدعوى الثانى) وعلى هذا فى أولاد ثلاثة أقر بالاول والثالث ونفى الثانى (قوله والاقرار بالعفة) وهو

وروى الحسن عن أبى حنيفة انه قدره بسبعة أيام لان فى هذه تستعد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالرأى لايجوز وذكر فى الشامل انه روى عن أبى حنيفة انه يقدر بثلاثة وذلك فى الضعف مثل الاول (ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التى ذكرناها على الاصلين) فيجعل كأنها ولدته الآن فله النفى عند أبى حنيفة فى مقدار مايقبل فيه التهنئة وعندهما فى مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لايلزم الابعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة (قوله واذا ولدت ولدين فى بطن واحد) ظاهر (والاقرار بالعفة سابق على القذف) جواب سؤال تقديره ينبغى ان يجب عليه الحد لانه أكذب نفسه بعد

القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفى الولد فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفى ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذاههنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة

سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

﴿باب العنين وغيره﴾

ما يتضمنه الاعتراف بالاول (سابق على القذف) بنفي الثاني حقيقة (فصار كأنه قال هي عفيفة) ثم قذفها لا يقال ثبوت نسب الاول معتبر باق بعد نفي الثاني فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفي الثاني وذلك يوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكمي والحد لا يحتاط في إثباته فكان اعتبار الحقيقة ههنا متعينا الا الحكمي هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا او هو وغيره مفهوم من اللفظ ﴿فروع﴾ لو نفاهما فمات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه لانه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفي الحي لانه لا يفارقه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفك عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش ويثبت النفي تبعا له إن أمكن ولا يلاعن عند أبي يوسف لان القذف أوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما وجب ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بعده بيوم لزم الولدان لان القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاول واللعان ماض لانه يقبل الفصل عن انتفائه ولو قال بعد ذلك هما ولداي لا حد عليه لانه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه التصريح بالرجوع ولو قال ليسا ابني كانا ابنيه ولا يحد لان القاضي نفي أحدهما وذلك نفي للتوأمين فلسا ولده من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا بل من وجه وفي النوادر ذكر الحسن عن أبي حنيفة أن في امرأة جاءت بثلاثة أولاد فأقر بالاول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه ولو نفى الاول والثالث وأقر بالثاني يحد وهم بنوه وكذا في ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم أقر به يلاعن ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل كمن قال يده أو رجله مني واعلم ان ولد الملاعنة إذا قطع نسبه من الاب وألحق بالام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله إليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب إذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الاياس من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه والله أعلم

﴿باب العنين وغيره﴾

لما ذكر أحكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بمن به مرض له نسبة إلى النكاح والعنين من لا يقدر على اتيان النساء مع قيام الآلة من عن إذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عن إذا عرض لان ذكره يعن يمينا وشمالا ولا يقصده لاسترخائه وجمع العنين عنن ويقال عنين بين التعنن ولا يقال بين العنة ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو إلى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو لكبر سن فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها وما عن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد يجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به وإلا علم أنه عنين لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لان التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا وإلا فلا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لانه حكمه وفي المحيط آلته قصيرة لا يمكن إدخالها إلى داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا

(فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن) ولا يكون ذلك اكذابا (فكذلك هذا)

﴿باب العنين وغيره﴾

لما فرغ من وجوه أحكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عن إذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عن إذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين أن تقوم آلته أو لم تقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر أو الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها

﴿باب العنين﴾

(واذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود ولان الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما

كالزرقاء كحكمه كالمجبوب (قوله أجله الحاكم سنة) أي من وقت الخصومة ولا يعتبر تأجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعدما أجله بنى المتولي على التأجيل الاول (قوله هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود) أما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق حدثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين أن يؤجل سنة قال معمر وبلغني ان التأجيل من يوم يخاصم وهكذا أخرجه ابن أبي شيبة حدثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليه الحديث ورواه ابن أبي شيبة بسند أن عمر أجل العنين سنة زاد في لفظ وقال ان أتاها والا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة قال حدثنا إسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر ابن الخطاب ان امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة وأما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود رواه ابن أبي شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما ورواه أيضا عبد الرزاق والدارقطني وروى ابن أبي شيبة عن المغيرة بن شعبة انه أجل العنين سنة وأخرج ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد ابن المسيب رضي الله عنهم انهم قالوا يؤجل العنين سنة (قوله فلا بد من مدة معرفة لذلك) أي معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية في أصل الخلقة فقدرناها بالسنة لانها معرفة لذلك لانه ان كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل بأحد هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو أردأ الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه في الفصل المضاد له فيه أو من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين متضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال (قوله فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك بآفة أصلية) وفيه نظر فان ظاهره ان موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك لآفة أصلية في الخلقة اذ المرض قد يمتد سنة وأيضا عم ما له حكم العنين المسحور ومقتضى السحر مما قد يمتد السنين وبمضي السنة يفرق بينهما اذا طلبت ذلك مع العلم بعدم الآفة الاصلية لغرض العلم بأنه يصل الى غيرها من النساء فالحق ان التفريق منوط إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو للاصلية ومضي السنة مع عدم الوصول موجب لذلك أو هو عدم ايفاء حقها فقط بأي طريق كان والسنة جعلت غاية في الصبر وابلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد مضي السنة أجلني يوما لا يجيبه الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الاجل لان السنة غاية في ابلاء العذر وقال لبيد لابنتيه حين حضرته الوفاة

تمنى ابنتاي أن يعيش أبوهما * وهل أنا الا من ربيعة أو مضر

والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الامصار كأبي حنيفة وأصحابه والشافعي وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رضي الله عنهم (ولان حقها ثابت في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة) لان العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع (فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما) وقيل ينبغي ان يقدر السنة شمسية أخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما ذكره

قال المصنف (فلا بد من مدة معرفة لذلك) أقول وعن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان كان عضوه يؤول الى النقصان وينزوي علم انه لاعنة فيه وان كان لا يؤول ولا ينزوي علم انه عنين كذا في شرح الكاكي قال ابن الهمام لو اعتبر هذا لزم أن لا يؤجل سنة لان التأجيل ليس الا ليعرف انه عنين على ما قالوا ولا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لانه حكمه اه

ولابد من طلبها لان التفريق حقها (وتلك الفرقة تطليقة بائنة) لان فعل القاضي أضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة

فقوما وقولا بالذي قد علمتما * ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر
الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

(قوله ولابد من طلبها) هذا اذا كانت حرة غير رتقاء فان كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة وان كانت أمة فالطلب عند أبي يوسف لها وعند أبي حنيفة لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن في العزل وقيل محمد مع أبي يوسف وقد مرت ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت لان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنينا ينتظر بلوغه لان للصبا أثرا في عدم الشهوة قال قاضيخان الغلام الذي بلغ أربع عشرة سنة اذا لم يصل الى امرأته ويصل الى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا تخاصم عنه وليه يؤجل لسنة لان الجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة ممن يخاصم عنه وليه فانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والا نصب القاضي عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الولي في المسئلتين ببينة على رضاها بعنته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فان نكلت لم يفرق والا فرق ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل لم يذكره محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فادعته فأنكره يريه رجلا فان أمكن علمه به بالجس من وراء ثوب لا يكشف عورته وان لم يتيقن بذلك الا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة الى سنتين ثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق بخلافه في العنين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه ألا ترى انها لو أقرت بعد الفرقة انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة بعد هذا البحث وهو ان التفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان بثبوت النسب منه يثبت انه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين أو المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى به اذا بلغت واذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل لجفاف مائه لم يكن لها طلب الفرقة (قوله وتلك الفرقة تطليقة بائنة) وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله فسخ لانها من جهتها وقاس الماوردي على الفرقة بالجب قلنا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله اليه والقياس على الجب ممنوع لان الفرقة بسببه عندنا أيضا طلاق (قوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) أي النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لانه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه لانه فرقة بعد التمام فلا يقبلها كما لا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا في رواية أبي حنيفة عن عمر رضي الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدار

(ولابد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي أضيف الى الزوج وكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) يعني بعد التمام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم (وانما تقع التطليقة بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة) وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة أما الاولى فلفوات المقصود وهو الوطء وأما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل لها دفع الظلم

(قوله يعني بعد التمام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم) أقول ولعل الشافعي ينازع في التمام

(ولها كمال المهران كان خلا بها) فان خلوة العنين صحيحة (ويجب العدة) لما بيناه من قبل هذا اذا أقر الزوج انه لم يصل اليها (ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه) لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة (ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر أجل سنة) لظهور كذبه (وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت) لانه لا فائدة في التأجيل (والخصي يؤجل كما يؤجل العنين) لان وطأه مرجو (واذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت) لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة

الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالحال ولو تزوجت به أخرى عالمة بحاله ففي الاصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى وقيل لا يكون رضا لجواز تأميلها برأه ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ في أكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوج به راضية بالعيب (قوله هذا) أي هذا الذي ذكرنا من أنها اذا طالبته بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما اذا اعترف الزوج بعدم الوصول اليها في هذا النكاح وان تصادقا انه وصل اليها في نكاح قبله ثم طلقها لانه اذا وطئها في نكاح ثم أبانها ثم تزوجها ثانيا ولم يصل اليها المطالبة بالفرقة فان اختلفا وادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب (قوله وان نكل أجل سنة) سواء جعل النكول اقرارا أو بذلا فكأنه أقر بعدم الوصول اليها (قوله وان كانت بكرا) يعني إذا نكل وكانت بكرا وقت النكاح لا يستحلف بل تراها النساء فان قلن هي بكر أجل سنة من غير احتياج الى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه وقوله فان قلن خرج على ما هو الاولى من اراءتها الامرأتين ثم جعلهما ماجعا والا فالواحدة العدلة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والثنتان أحوط وطريق معرفة أنها بكر ان تدفع في فرجها أصغر بيضة للدجاج فان دخلت من غير عنف فهي ثيب والا فبكر أو تكسر وتسكب في فرجها فان دخل فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وان قلن ثيب تثبت الثيوبة ولا يثبت وصوله اليها لان البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها غير أن القول قوله لو قالت زالت البكارة باصبعه ونحوه فيحلف انه وصل اليها فان حلف تقرر النكاح وان نكل أجله سنة ثم فرق بينهما ان لم يصل اليها ثم اذا أجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فعلى ما اذا اختلفا قبل التأجيل ان كانت بكرا نظرن اليها فان قلن بكر خيرت للحال بين الاقامة والفرقة وان قلن ثيب حلف فان نكل خيرت وان حلف استقر النكاح وان كانت ثيبا في الاصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول له فان حلف استقر النكاح ولو نكل أجل وخيرت بعده وفي موضع تخير يعتبر المجلس كتخيير الزوج فان قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعونة القاضي ولو مكرهة لزم النكاح لانه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام واذا اختارت نفسها أمره القاضي أن يطلقها فان أبى فرق بينهما كذا ذكره محمد في الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا تحتاج الى القضاء كخيار المخيرة (قوله لانه لا فائدة في التأجيل) لانه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصي لان آلته قائمة وانما سلت خصيتاه أو وجئ والموجوء الذي رض خصيتاه قال لي بعض أهل الماشية انه تمرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يحبسان الى فوق الى أن يرتفعا الى ظهره فلا يعودان ويكون نشيطا كثير الجماع الا أنه لا يحبل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين (قوله واذا أجل العنين سنة فقال الخ) قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل

(ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة) لان المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة (٣٦٥) فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا ماذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم (ويجب العدة) لتوهم الشغل احتياطا استحسانا (لما بينا) يعني في باب المهر هذا اذا أقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وأنكرته (فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة) حقيقة وان كان مدعيا للوصول صورة (والاصل في الجبلة السلامة) وكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة (ثم ان حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر النساء اليها فان قلن هي بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب يحلف الزوج) لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن ليكون حجة (فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة) ثم كيف يعرف انها بكر أو ثيب قالوا يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيضة فتصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر قوله (وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال) ظاهر

(قوله اذا حبس في العنة الى قوله لانه يعن يمينا وشمالا) أقول العنة بضم العين وقوله لانه يعن أي يعن ذكره يمينا وشمالا

قوله (وان قلن هي ثيب حلف الزوج) حاصله ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير (فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول) أي لتأيد دعوى المرأة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين (فان حلف لا تخير) لبطلان حقها (وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه) يعني (٢٦٦) قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها) وكذلك اذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي قبل أن تختار شيأ بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك موقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت أو أقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشئ فان اختارت الفرقة أمر القاضي الزوج أن يطلقها فان أبى فرق القاضي بينهما كما مر قال (وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح) وهو ظاهر الرواية وهي ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وروى الحسن أنه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم (وتحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان) يعني لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة أيام التأجيل أيام أخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها (ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه) أي عن المرض فلم يكن في معنى أيام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من أيام أخر وعليه فتوى المشايخ وروي عن أبي يوسف رحمه الله انه اذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر منه لم يحتسب عليه (قوله

(وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت) لتأيدها بالنكول (وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه) وقد ذكرناه (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار) لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه

بالاختلاف قبله فلا نعيده ﴿فرع﴾ الخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فان وصل اليها والا أجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء أعني المجبوب والخصي والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها وان لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة (قوله هو الصحيح) صححه أيضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الائمة السرخسي وقاضيخان وظهير الدين من اعتبارها شمسية وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة وما ضربت السنة الا للتوصل الى صلاح الطبع ورفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها وجه الاول ان الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وأهل الشرع انما يتعارفون الاشهر والسنين بالاهلة فاذا أطلق السنة انصرف الى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه ثم زيادة الشمسية قيل أحد عشر يوما وعن الحلواني السنة الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت في نسخة ورأيت في أخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم الاجزأ من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر ان هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين كتب الى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم ترفع الدعوى اليه وكذا قول الراوي عن عمر في المرأة التي أتت اليه فأجله حولا من غير تقييد في السنة والحول لم يرد حينئذ الا ما بالاهلة هذا الذي تعرفه العرب وأهل الشرع على أن الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي تواردعليه العرفان والله سبحانه أعلم (قوله وتعتبر بأيام الحيض) أي تحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة (قوله ولا تحتسب بمرضه ومرضها) هكذا مطلقا وعن أبي يوسف اذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر لم يحتسب وعوض عنه لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الوطء فيه بالليل لا بالنهار وذلك نصفه فكذا النصف من كل شهر وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف وفي رواية ان ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفي رواية ان مدة الكثرة سنة وفي رواية أكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه قيل عليه الفتوى فان حج أو غاب هو احتسب عليه لان العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد احرامه فلا يكون عذرا بخلاف ما اذا حجت هي أو غابت لا يحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فان حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء الى السجن لم يحتسب عليه وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وان لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم يحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق وان كان عاجزا أمهله شهري الكفار ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد على المدة المقدرة

(واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلاة والسلام فرمن المجذوم فرارك من الاسد

(قوله واذا كان بالزوجة عيب الخ) الحاصل انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبي زياد وأبي قلابة وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري وأتباعه وفي المبسوط انه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المرأة ولها هي الخيار بعيب فيه من الثلاثة الجنون والجذام والبرص وقال الشافعي رحمه الله لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الفسخ اذا كانت رتقاء أو قرناء أيضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة وهو قول مالك وأحمد وقال الزهري وشريح وأبو ثور ترد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الاول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجن اذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال أجذم ولا أجن ولا مجن وثلاثة من أسماء المفعولين من أفعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من أحزنه الله ومحبوب من أحبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة

ولقد نزلت فلا تظني غيره * مني بمنزلة المحب المكرم

والفعل من البرص برص فهو أبرص وأبرصه الله والرتق الالتحام والرتقاء هي الملتحمة والقرن في الفرج اما غدة غليظة أو عظم يمنع سلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها وثلاثة أقيسة في بعضها اما النص فما روي انه صلى الله عليه وسلم رد بالعيب قال التي رأى بكشحها وضحا أو بياضا الحقي بأهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع أنه ينفر منه الطبع وهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس العلل وهو المباعدة والفرار فانه جنس الفسخ قال النبي صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ويجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار يثبت بفسخ نكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن أبي هريرة قال صلى الله عليه وسلم لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد ويقاس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب هكذا عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب بجامع المانع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما قلنا أما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز أن يكون طلاقا فان لفظ الحقي بأهلك من كنايات الطلاق وأما الثاني فظاهره غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه ويثاب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه وأما القياس فتخلف فيه جزء المقتضي أو شرطه فان المقتضي لفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجري فيه المشاحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا اختلفت لوازمهما حتى أجزناه على عبد وفرس غير موصوفين وصحح مع عدم رؤية المرأة أصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد بلا عيب وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو هزلا بالبيع لم ينفذ

وجعل له بدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد رحمه الله ان مرض أحدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض (واذا كان بالزوجة عيب) أي عيب كان (فلا خيار للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق) بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع أي لانسداده ليس لها خرق الا المبال (والقرن) بسكون الراء قال في المغرب وهو إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم يمنع من سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك قال لانها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا أما حسا ففي الرتق والقرن وأما طبعا ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري إلى الاولاد (والطبع مؤيد بالشرع) قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد

قال المصنف (قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد) أقول قال الزيلعي لا حجة له فيه لانه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد اجماعا لانه يجوز أن يدنو منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه اه فيه بحث اذ لم يذكره الشافعي دليلا على انه يوجب الخيار بل على كونه منفورا عنه شرعا كما أنه منفور عنه طبعا

(ولنا أن فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ) حتى لا يسقط شئ من مهرها فاختلاله بهذه العيوب أولى قيل فيه ضعف لان النكاح موقت بحياتهما (وهذا) أى كون هذه العيوب لا توجب الفسخ (لان الاستيفاء من الثمرات) وفوت الثمرة لا يؤثر فى العقد ألا ترى انه لو لم يستوف لبخر أو ذفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل أما فى الجذام والبرص والجنون فظاهر وأما فى الباقين فبالشق أو الفتق وقوله عليه السلام فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روى أنه عليه السلام قال لها الحقى بأهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روى عن عمر أنه أثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروى عن على وابن مسعود (واذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لها الخيار) لانه تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق (ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج وإنما يثبت فى الجب والعنة لانهما

ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل (واذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما فى الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت فى الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله أعلم بالصواب

و ينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة فى الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز أن يطأ من هى كذلك و يتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه فى ذات القروح الفاحشة والبخر الزائد وحينئذ قول محمد ان وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصود للوجه الاخير بخلافه هو إذا وجدها كذلك لانه يتمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق ووجه دفعه ودفع قول الزهرى ومن معه انتظمه دفع أقيسة الشافعى ومن تبعه (قوله ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ) فاختلاله بهذه العيوب أولى أن لا يوجب الفسخ ونظر فيه بأن النكاح مؤقت بحياتهما (قوله وهذا) أى كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من كل وجه على الكمال والمستحق التمكن أى التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا (قوله لانهما يخلان بالمقصود) فان قيل جعل فى المسئلة التى قبلها الاستيفاء للوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخير فى الفسخ بالجب وهذا تدافع أجيب بأن الوطء له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذى شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة فلو كان مقصودا لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الجحش

يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) وهو الوطء لان شرعية النكاح لاجل الوطء (وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا) فان قيل قد جعل المصنف الوطء فيما إذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفى مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح و يلزم عن ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة والله أعلم

قال المصنف (ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ) أقول وفيه نظر لان النكاح مؤقت بحياتهما كما سيجىء (قوله الحديث محمول على الفرار بالطلاق) أقول فيه بحث قال المصنف (لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) أقول فان قيل جعل فى المسئلة التى قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخير فى الفسخ بالجب وهذا تدافع أجيب بان الوطء له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذى شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة فلو كان مقصودا لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيما اذا كانت لانها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره اه وقال الشيخ أكمل الدين هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة اه ونحن نقول فيه بحث لان المصنف صرح فى أول الباب ان الحق ثابت لها فى الوطء

العدة لما كانت أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبها ذكر وجوه التفريق في باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة أيام أقراء المرأة وفي الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكدا بالدخول أو الخلوة أو الموت وهو أي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة إلى أجل ينقضي وعند الشافعي هو كف المرأة نفسها عن أفعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه قال (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه إذ الرجعة لا تكون إلا في المدخول بها (أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد (وهي حرة ممن تحيض

﴿ باب العدة ﴾

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض

الخشن للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصود به فيما إذا كانت به لانها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره وعلى ما قررناه لا حاجة الى ذلك بل هو مطرد لا يختلف والله تعالى أعلم

﴿ باب العدة ﴾

لما ترتبت العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا أوردها عقيب وجوه الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان وأحكام العنين وهي في اللغة الاحصاء عددت الشيء عدة أحصيته احصاء وتقال أيضا على المعدود وفي الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغي أن يزاد وشبهته بالجر عطفا على النكاح والتربص الانتظار أي انتظار انقضاء المدة بالتزوج فحقيقته ترك لزم شرعا للتزوج والزينة في مدة معينة شرعا ولا شك ان سببها النكاح أو شبهته وزوال ذلك شرط فالاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط ولم يخص الزوال بالنكاح فعم الشبهة قالوا وركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعي الكف عنها وينبني على ذلك ان العدتين اذا وجبتا من رجلين تتداخلان وتنقضيان بمدة واحدة عندنا وعنده لا وعلى هذا ينبغي ان يقال في التعريف هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لانها لزومات والا فالتربص فعلها والحرمات أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلا وعلى هذا ما قيل في حكمها انه حرمة نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لا يصح لان الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزوجه باختها الا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك انه معنى كونه هو أيضا في العدة لان معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج الى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة أيضا غير ان اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لا بتربصه ولزم مما ذكر أن لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه (قوله إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) وليس رجعيا في بعض النسخ وشمل طلاق الخلع واللعان خلافا لمن قال عدة المختلعة حيضة واحدة قيل هو بناء على انها فسخ والحق انها ابتداء لما تقدم في باب الخلع من المنقول إذ لا يعقل كون الفسخ مؤثرا في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة اقراء في الفسخ بخيار البلوغ وغيره وخلافا لابن عباس في قوله عدة الملاعنة تسعة أشهر (قوله وهي حرة ممن تحيض) يعني ممن تحقق حيضها ولم تبلغ الاياس سواء كانت تحيض أولا حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الاياس فتعتد بالاشهر بخلاف ما لو لم تر شيأ أو رأت أقل من ثلاثة أيام فانها تعتد بالاشهر (قوله أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة

﴿ باب العدة ﴾

(قوله عند زوال ملك المتعة) أقول أو شبهته (قوله وهو أي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة) أقول أليس وقوع الفرقة هو نفس زوال ملك المتعة وهل زال ملك المتعة في الطلاق الرجعي ولك أن تقول نعم زال بطريق التبين وقد سبق في باب الرجعة قبيل فصل ما تحل به المطلقة (قوله وركنها حرمات ثابتة الخ) أقول أي حرمة الازدواج والخروج كما سيجيء في هذا الباب من ذلك الكتاب فيكون التعريف بالتربص تعريفا باللازم (قوله ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه) أقول المتبادر في أمثاله هو التوزيع فلا يغني ما ذكره عنه مع ان قوله أو رجعيا غير موجود في أكثر النسخ

فعـدتها ثـلاثة اقراء) لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهى فى معنى الطلاق لان العـدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح وهـذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عنـدنا وقال الشافعى الاطهار واللفظ حقيقـة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك

(قوله فعدتها ثلاثة اقراء) مقتضى ماذكر من ركن العدة كون عدتها فى مدة ثلاثة اقراء لان الحرمات تتعلق فى مدة الاقراء فكان الاصـل ان ينتصب لانه ظرف زمان معرب واقـع خـبرا عن اسم معنى نحو السفر غدا لكنه اعتـبر فيه الاطلاق المجازى أعنى اطلاق العدة على نفس المـدة ثم لا يخفى ان سبب العدة مأخوذ منه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا وانما تركه المصنف لشهرة ان الطلاق قبـل الدخول لا تجب فيه العدة قال الله تعالى إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبـل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتـدونها (قوله والفرقة اذا كانت الخ) لما جمع بين الطـلاق والفرقة بلا طلاق فى حكم العـدة والدليل السمعى لا يتناول الا الطلاق ألحقـه بالجامع وهو أن وجوبها فى محل النص وهو الطـلاق لتعرف براءة الرحـم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال فى معـنى الطـلاق يعنى يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح الى أن تحيض عند الطلاق بعـد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب للتعـرف لا ينفى أن تجب لغـيره أيضا وقـد أفاد المصـنف فيما سيأتى انها أيضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسـف علـيه فقد يجتمعان كما فى مواضع وجوب الاقراء وقـد ينفرد الثانى كما فى صور الاشهر بخلاف غير المتأكد وهو ما قبـل الدخول لا يؤسف عليها اذ لا إلف ولا مودة فيـه (قوله والاقراء الحيض عنـدنا وقال الشافعى الاطهار) وقول الشافعى قول مالك ونقـل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشـدين والعبادلة وأبى بن كعب ومعاذ بن جبـل وأبى الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وأبى موسى الاشـعرى وزاد أبو داود والنسائى معبـد الجهنى وما ذكرناه انه قول العبادلة بناء على أنه ثبت عن ابن عمـر فتعارض عنـه النقل وممن رواه عنـه الطحاوى وثبته عنـه بعض الحفاظ من الحنابلة وأسـند الطحـاوى الى قبيصـة بن ذؤيب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضـتان فعارض روايتهم عن زيد أيضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهـد وقتادة والضحاك والحسـنان ابن حى والبصرى ومقاتل وشريك القاضى والثورى والاوزاعى وابن شـبرمة وربيعة والسـدى وأبو عبيد واسحق واليه رجع أحمد وقال محمـد بن الحسـن فى موطئه حدثنا عيسى بن أبى عيسى الخياط المدنى عن الشعبى عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله صـلى الله عليه وسـلم كلهم قال الرجـل أحق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطـلاق انما يصح منهم اذا كانت الحيض لا الطهر الا اذا كان طلقها فى الحيض فأما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العـدة بالشروع فى الحيضـة الثالثة والطلاق فى الطهر هو المعروف عندهم فعليه ينبنى قولهم (قوله اذ هو من الاضداد) اسـتدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة أهل الاصول والفـقه من عدم التجوز باسم الضد فى الضد وقد وضع بعض أهل العقول من معرفات الاشتراك كون المفهومـين متضادين واما على طريقة أهل الادب فيجوز لغرض تمليح أو تهكم كما يقال للجبان أسـد أو تفاؤل كالبصير على الاعمى الا أنها بمعزل من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها وأما فى خصوص هـذا المقام فالاتفاق على الاشـتراك وعلى أنه لم يعم انما الخـلاف فى تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة الى الاسـتدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعـل المصنف وهو محل النزاع ولو اسـتدل عليه بتضاد المفهومين كما اسـتدل به على كونه حقيقة فيهما كان أحسن لا يقال اسـتدلاله على أنه حقيقة فيهما اسـتدلال على الاشـتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة فى متعدد اشـتراكه لفظا لجواز

فعـدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهو فى عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته وأما الفرقة بغـير طلاق فهى فى معناه (لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح (وهذا) أى التعرف عن براءة الرحم (يتحقق فيها) أى فى الفـرقة بغير طلاق (والاقـراء الحيض عندنا وقال الشافـعى الاطهـار واللفظ حقيقـة فيهـما) فكان من الالفاظ المشـتركة بين الاضـداد (كذا قاله ابن السـكيت ولا يمكن أن يتناولهما جملة للاشـتراك) فان اللفـظ الواحد عنـدنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين أو حقيقـة ومجازا على ما عـرف فى الاصول ولا بعـد فى أن يكون تعرض المصـنف لكونه من الاضـداد إشارة إلى نـفى قـول من يقول إنه مجاز فى أحدهما لانه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيها وهـذا أيضا مما عرف فى الاصول فلا بد من الحمل على أحدهما

(قـوله واللفـظ حقيقـة فيهـما فكان من الالفاظ المشـتركة) أقـول غـير مطابق للمشروح

والحمل على الحيض أولى لمعان أحدهما العمل بلفظ الجمع يعنى القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه أن أقل الجمع ثلاثة وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق يوقع فى طهر وهو السنة ثم هو محسوب عن الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرأين و بعض الثالث ولفظ الثلاثة فى قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا أيضا مما عرف فى الاصول وقد قررناه فى الانوار والتقرير بخلاف ما لو أريد بالقروء الحيض فانه يكمل ثلاثا والثانى ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل أو حائل وهو أى التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق إنما يؤثر فى التنصيف لا فى النقل من الطهر إلى الحيض فيلحق بيانا به أى فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا (وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر)

والحمل على الحيض أولى إما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع فى طهر لم يبق جمعا أو لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عليه الصلاة والسلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به (وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر)

التواطئ والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرت للتضاد لانا نقول انما وافق من جعل تعميم المشترك على منع تعميمه انه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز أن يراد كل من الحيض والطهر فتعتد بمضى ثلاثة اطهار وثلاث حيض انما يمتنع اذا أريد تحقيقهما فى زمن أحدهما (قوله والحمل على الحيض أولى) ادعى الحقيقة فى محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كانه لعدم دليل معتمد لهم وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذى يجمع على قروء واما بمعنى الحيض فانما يجمع على اقراء دعوى لا دليل عليها وكونه وقع فى شعر الاعشى كذلك حيث قال

أفى كل عام انت جاشم غزوة * تشد لاقصاها عزيم عزائكا

مورثة مالا وفى الحى رفعة * لما ضاع فيها من قروء نسائكا

أى من اطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم دعى الصلاة أيام اقرائك لا يوجبه فقد روى أبو داود والنسائى قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبى حبيش فانظرى فاذا أتاك قرؤك فلا تصلى فاذا مر قرؤك فتطهرى وصلى وقال الراجز

يارب ذى ضغن وضب فارض * له قروء كقروء الحائض

يريد كحيض الحائض فان المعنى ان عداوته تجتمع فتهيج كدم الحائض على أنه قد قيل فى بيت الاعشى ان المراد نفس الزمان أى زمان الطهر فان القرء يقال للزمان لغة كثيرا واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء يعنى بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح لانه بناء على أن اللام فيه بمعنى فى وهو غير معهود فى الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق أو مقارنتها له لاقتضائه وقوعه فى وقت العدة وقراءة لقبل عدتهن فى صحيح مسلم تنفيه اذ أفادت ان اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال فى التاريخ باجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه ويؤيده ما قال الطحاوى أن النبى صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب ابن عمر أن الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا بناء على ما بيناه عنه من خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا وتمسكهم بتأنيث العدد فى قوله تعالى ثلاثة قروء وهو يقتضى تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض فلو أريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشئ لان الشئ اذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تأنيث حقيقى يؤنث عدده اذا أضيف الى اللفظ المذكر ويذكر اذا أضيف الى المؤنث وفى العربية اذا كان المعدود مؤنثا واللفظ مذكرا أو بالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنثا وهو الحيضة فحين أضيف الى المذكر اثت وكذا على الاصل الآخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده ثم ذكر المصنف ثلاثة أوجه الاول قوله عملا بلفظ الجمع أى العدد فانه جمع معنى لا صيغة أو يريد الجمع الصيغى المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكميته أعنى لفظ قروء المقيدة بثلاثة فانه منقطع عنه احتمال أن يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع فكيف بالكمية التى ليست حقيقة الجمع وهى اللازمة من حمله على الاطهار حيث يصير طهرين و بعض الثالث اذا وقع فى الطهر والا لزم احداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال

(قوله عند من يقول بالاطهار) أقول يعنى عند الشافعى (قوله ولفظ الثلاثة فى قوله مع ثلاثة قروء الخ) أقول فيه بحث فان التعرض للفظ الثلاثة يوجب لغوية قوله العمل بلفظ الجمع الى هنا فالاولى أن يفسر لفظ الجمع فى كلام المصنف بالثلاثة فانه جمع معنى وان لم يكن صيغة والا فالجمع يطلق على فردين و بعض كما فى قوله تعالى الحج أشهر معلومات

لقوله تعالى واللائی يئسن من المحيض من نسائكم الآية (وكذا التی بلغت بالسن ولم تحض) بآخر الآية (وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن (وان كانت أمة فعدتها حيضتان) لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزأ فكملت فصارت حيضتين واليه أشار عمر بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا (وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف) لانه متجزئ فأمكن تنصيفه عملا بالرق (وعدة الحرة فی الوفاة أربعة أشهر وعشر) لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا (وعدة الامة شهران وخمسة أيام) لان الرق منصف

تحتسب بالطهر الذی وقع فيه الطلاق وهو نقص عن التقدير القطعی الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق فی الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقة اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقته أصلا لا يقال قد أريد بالعدد غير كميته المفادة به فی قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير وأين هذا من أن يراد بسبعين مثلا ثمانون أو مائة الثانی قوله ولانه أی الحيض هو المعرف بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذی يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل اذ لو انسد به لم تحض عادة ولذا نص عليه الصلاة والسلام أن مفيد البراءة الحيض حيث قال فی السبايا حتى يستبرئن بحيضة ولم يقل بطهر الثالث هو قوله صلى الله الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم فی باب الطلاق تخريجه وأسند الشافعی حدثنا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبی طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر رضی الله عنه قال ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين فان لم تكن تحيض فشهرين أو شهرا ونصفا وكذا رواه الدارقطنی والاجماع على انها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل فی الكمية فيلحق قوله تعالى ثلاثة قروء للاجمال الكائن بالاشتراك بيانا له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائی يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة أشهر اذ لا شك فی أن الاعتداد بالاقراء أصل والاشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه وتعالى المصير اليه بعدم الحيض دل ان الحيض هو المراد بالاقراء فی الآية وكونه ينعدم الطهر بعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال يقابله الظهور اذ الظاهر تعليق المصير الى الخلف بعدم عين ما شرع أصلا لا بعدم شیء آخر يستلزمه فكان الاصل أن يقال واللائی يئسن من القروء فلما جاء قوله تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم انه لافادة انه هو ﴿فرع﴾ تنقضی عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بان وطئها وهی معتدة عالما بحرمتها بخلاف ما لو ادعى الشبهة أو كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة واذا كان منكرا حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها فی هذه العدة لا يقع ويحل له نكاح أختها (قوله وان كانت لا تحيض) لصغر بان لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه وأقله تسع على المختار أو كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائی يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا قد علمنا عدة التی تحيض فالتی لا تحيض لا ندری ما عدتها فأنزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم فی عدة التی لم تحض فلم تعلموها فانها ثلاثة أشهر وقيل ان ارتبتم فی الدم الذی تراه من بلغت سن الاياس أهو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر ثم قال المصنف وكذا التی بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعنی قوله تعالى واللائی لم يحضن يعنی التی

لم تبلغ

لقوله تعالى واللائی يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائی لم يحضن (وكذا التی بلغت بالسن) أی خمس عشرة سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى واللائی لم يحضن عطف اللائی لم يحضن على اللائی يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفی هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل فی العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما فی قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا

قال المصنف (لقوله تعالى واللائی يئسن من المحيض الآية) أقول لا يخفى عليك ان المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر للتی لم تحض لصغر هو آخر الآية لا ما ذكره فليتأمل

(وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن

لم تبلغ بالحيض بل بالسن بان بلغت خمس عشرة سنة على قولهما وسبع عشرة سنة على قول أبي حنيفة ومالك ولم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر أيضا ثم ان وقع الطلاق في أول الشهر اعتدت بأشهر هلالية اتفاقا وان وقع في أثناء الشهر اعتبر كلها بالايام فلا تنقضي الا بتسعين يوما عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان بالاهلة والله أعلم ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فانه جمع بين التي لا تحيض لصغر أو كبر في الاعتداد بثلاثة أشهر واستدل على ذلك بقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى ان آخرها أعني قوله تعالى واللائي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر للتي لم تحض لصغر كما انه المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل ان من كان طهرها أصليا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة أشهر أو هي مراهقة أو لم تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع أو سبع والاول أصح وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر وينبغي على هذا أن تحتسب بالاشهر التي وقفت ليظهر حبلها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحبل ان تلك الاشهر كانت هي العدة وغاية الامر انها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في أثناء الاشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض هذا وممن ذكر انها تعتد بالاشهر المستحاضة التي نسيت عادتها وهو مما يلغز فيقال مطلقة شابة ترى ما يصلح حيضا في كل شهر وعدتها بالاشهر لكن في التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن لما نسيت عادتها جاز كونها أول كل شهر أو آخره فاذا قدرت بثلاثة أشهر علم انها حاضت ثلاث حيض بيقين بخلاف التي لم تنس فانها ترد الى أيام عادتها فجاز كون عادتها أول الشهر فتخرج من العدة في خمسة أو ستة من الثالث واعلم ان اطلاقهم في الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح الا فيما اذا طلقها أول الشهر أما لو طلقها بعد ما مضى من الشهر قدر ما يصح حيضة ينبغي أن يعتبر ثلاثة أشهر غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي ضلت عادتها ثلاثة أشهر ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى ان القائل الاول قوله مبني على أنه يراها الحرمات أو التربص الواجب فان قلت وعلى تقدير كونها مضي المدة أليس أن فيها يجب أن لا تتزوج فلا بد أن يتعلق خطاب نهي التزوج بالولي فجعلها المدة كما قال شمس الائمة لا يستلزم انتفاء قول الاول يخاطب الولي بان لا يزوجها فالجواب لا يلزم فانا اذا قلنا بانها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل (قوله وان كانت حاملا) يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وان كانت أمة وأطلق فيتناول الحمل الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه وسنبين ذلك في مسئلة الصغير وفي المنتقى اذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس

وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

وقوله (فان كانت أمة) ظاهر وقوله (وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة (٢٧٤) أشهر وعشرا) نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج واستدل عليه بما روي ان المتوفى عنها زوجها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم كانت إحداكن في الجاهلية إذا توفي عنها زوجها قعدت في شر أحلاسها في بيتها حولا ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهي الحول والقصرى وهي أربعة أشهر وعشر وان الاولى هي العدة الكاملة وإن الثانية رخصة (وعدة الامة شهران وخمسة أيام) لما عرف غير مرة أن الرق منصف (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وكان علي يقول تعتد بأبعد الاجلين إما بوضع الحمل وإما بأربعة أشهر وعشر أيهما كان أبعد لان قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن الآية يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يتربصن بأنفسهن يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا (وقلنا قال عبد الله ابن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعني سورة يا أيها النبي إذا طلقتم النساء الى آخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة) يريد أن قوله تعالى وأولات الاحمال متأخر عن قوله يتربصن بأنفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال (وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج)

وقال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج

انقضت العدة والبدن من المنكبين الى الاليتين وفي الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها زوجها اذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور (قوله وان كانت) أي المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزأ فكملت وثبوت الزيادة لضرورة التكميل واجب لان فيه تحقيق الواجب على ما تقدم آنفا (قوله واليه أشار عمر) أي الى ان تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت الى آخره أخرج عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن عمرو ابن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول أخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول لو استطعت ان أجعلها حيضة ونصفا فعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو ابن دينار بما في سند عبد الرزاق ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات لقوله لانه كان تكلم في ذات الاقراء والعدة بالاشهر لا تكون الا لمن أيس منها فشورة الرجل في غير محل الحكم المذكور وأما اذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لانه متجزئ فأمكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة وأم الولد في الطلاق والفسخ كالامة (قوله وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) سواء كانت مدخولا بها أولا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها عبد أو حر حاضت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حبلها وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام ورخصة الاربعة الاشهر والعشرة الايام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لازواجهم الآية والجمهور على نسخها بآية الاشهر أعني ما كان من وجوب الايصاء والايقاف الى الحول وقال الاوزاعي أربعة أشهر وعشر ليال فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز أخذا من تذكير العدد أعني العشر في الكتاب والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوج أربعة أشهر وعشرا فيجب كون المعدود الليالي والا لانثه قلنا الاستعمال في مثله من ذكر عدة الليالي يدخل ما بازائها من الايام على ما عرف بالتاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال لسبع خلون مثلا ويراد كون عدة الايام كذلك وان كانت أمة فشهران وخمسة أيام على وزان ما تقدم ثم ابتداء المدة من وقت الموت وعن علي رضي الله عنه من وقت علمها حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشر انقضت عدتها بذلك عند الجمهور وعنده رضي الله عنه لا تنقضي العدة حتى تمر عليها من حين علمت لان عليها الاحداد ولا يمكنها اقامته الا بالعلم قلنا قصاراه أن تكون كالعالمة ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا من العدة على أن المقصود الاصلي منها عدم التزوج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سنذكر ووجوبها على الكتابية تحت المسلم يؤيده (قوله وان كانت) أي المتوفى عنها حاملا فعدتها أن تضع حرة كانت أو أمة كالمطلقة والمتاركة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة اذا كانت حاملا كذلك لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن وكان علي

(واذاورثت المطلقة فى المرض فعدتها أبعد الاجلين) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع

رضى الله عنه يقول لابد من الوضع والاربعة أشهر وعشر وهو قول ابن عباس لان هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا يوجبها عليها فيجمع احتياطا وفى موطا مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا فى المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال أبو سلمة اذا وضعت ما فى بطنها فقد حلت وقال ابن عباس آخر الاجلين فقال أبو هريرة رضى الله عنه أنا مع ابن أخى يعنى أبا سلمة فأرسلوا كريبا مولى ابن عباس الى أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فأخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحى من شئت وفى الترمذى انها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوما وأخرج البخارى عن ابن مسعود قال أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى يا أيها النبى اذا طلقتم النساء والطولى البقرة والمباهلة الملاعنة كانوا اذا اختلفوا فى شئ اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الظالم منا وقيل هى مشروعة فى زماننا وقد ورد بلفظ الملاعنة أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه بلفظ من شاء لاعنته لأنزلت سورة النساء القصرى بعد الاربعة أشهر وعشر وأخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل فى مسند أبيه عن أبى بن كعب رضى الله عنه قلت للنبى صلى الله عليه وسلم وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن المطلقة ثلاثا أو المتوفى عنها زوجها فقال هى المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها وفيه المثنى بن صباح وهو متروك وقول عمر رواه فى الموطا عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التى توفى عنها زوجها وهى حامل فقال اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الانصار ان عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد حلت وفيه رجل مجهول وفى الصحيحين حديث عمر بن عبد الله بن الارقم انه دخل على سبيعة بنت الحرث الاسلمية فسألها عن حديثها فأخبرته انها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بنى عامر ابن لؤى وكان ممن شهد بدرا فتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل فلم تنشب أن وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بنى عبد الدار فقال مالى أراك متجملة لعلك ترجين النكاح والله ما أنت بناكحة حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر قالت فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أمسيت فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتانى انى قد حللت حين وضعت حملى وأمرنى بالتزوج ان بدالى وكما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضى العدة الا بوضع الكل فلو وضعت ولدا وفى بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها أفتانى أنى قد حللت حين وضعت يرد قول من قال من السلف لا تحل حتى تنقضى مدة نفاسها كانهم أخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحى من شئت رتب الاحلال على التعلى فيترأى توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ما ذكرنا صريح فى ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الاشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق بالميت (قوله واذا ورثت المطلقة فى المرض) يتعلق بالمطلقة أى ورثت التى طلقت فى المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا ومات وهى فى العدة (فعدتها أبعد الاجلين) أى الابعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها وان مضت أربعة أشهر وعشر ولم تمض لها ثلاث حيض بان امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضى وان مكثت سنين مالم تدخل سن الاياس فتعتد بالاشهر اذا عرفت

قال (واذا ورثت المطلقة فى المرض فعدتها أبعد الاجلين) عدة المطلقة بطلاق الفار إذا كان بائنا أو ثلاثا أبعد الاجلين أن تعتد أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشرا ولم تحض كانت فى العدة مالم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر لا تنقضى عدتها حتى تتم المدة (عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض وأما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع

لابي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق) لان الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث أجاب بقوله الا أنه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال على توريثها (لافي حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل وجه) لما تقدم (ولهما أنه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة) وبيان الملازمة بقوله (احتياطا) بيانه أنا إنما أعطيناها الميراث

باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت أو باعتبار إقامة العدة مقام أصل النكاح حكما إذ لابد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فاذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة أولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فألزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله (ولو قتل على ردته) جواب عما استدل به أبو يوسف فقال ألا ترى ان المرتد اذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك أيضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد بأبعد الاجلين فلا ينتهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك ماذكره في الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها عنده مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق فيلزمها
الميراث إلى وقت الردة وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت حكما

لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلاث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح في الوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر

هذا فن فسر أبعد الاجلين بانها تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر اذ لا يصدق الا اذا كانت الاربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض وحقيقة الحال انه لا بد من أن تتربص آخر الاجلين وهذا الحكم ثابت في صور احداها هذه والثانية اذا قال لزوجتيه أو زوجاته احداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بأبعد الاجلين ولو بين في احداهما كان ابتداء العدة من وقت البيان والثالثة أم الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعدا وسنفصلها ان شاء الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق الطلاق البائن واحدة أو ثلاثا أما اذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه أو في صحته ودخلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفاة وترث بخلاف ما اذا طلقها بائنا في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق (قوله لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلاث حيض حكما له وانما تلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت وليس فليس وانما بقي في حق الارث) لاجماع الصحابة ردا لقصده السيء عليه وهذا لا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف الرجعي لان النكاح قائم من كل وجه وانما انقطع بالموت فتجب عدة الوفاة فيه (قوله فيجمع بينهما) أي بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لانه انقطع بالوفاة حقيقة وبالموت حكما أما الاول فبفرض المسئلة انه أبانها قبل الموت وباعتباره يجب عدة الطلاق وأما الثاني فباعتبار قيام النكاح عند الموت فان توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة فتجب عدة الوفاة لكن بقي قول أبي يوسف ان اعتباره قائما لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم أن يبقى في حق العدة وجوابه ان الارث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقي النكاح شرعا في حق الارث فلان يبقى في حق العدة أولى مع ان الاصل ان الشيء انما يثبت بلازمه وهذا هو معنى قول المصنف احتياطا (قوله ولو قتل على ردته الخ) جواب عن مقيس عليه مقدر لابي يوسف وهو انه لو ارتد زوج المسلمة فمات أو قتل على ردته ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا اهنا زواله بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت فأجاب بمنع حكم الاصل أولا فقال لا نسلم انه لا يلزمها عدة الوفاة بل تلزمها اليه أشار الكرخي وما ذكرت من مذهبك فهو على الخلاف

(قوله أو باعتبار اقامة العدة الخ) أقول فيه تأمل فانها لا تنتهي بالموت وانها موجودة في طلاق الصحيح اذا مات قبل انقضاء العدة (قوله لانها عنده مسلمة) أقول ضمير عنده راجع الى الموت

وقوله (فاذا اعتقت الامة في عدتها) ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم (٢٧٧) الزوال يثبت عند الزوال فينبغي أن

(فاذا اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وان أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها) الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت (وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض مامضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني

فيلزمها الجمع بين المدة والحيض فلا يصح به الالزام ولئن سلمنا ان لزوم الحيض اتفاقي فالفرق أن تورثها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعا قائما الى الموت لانه لو اعتبر كذلك لم ترث اذ لا يرث المسلم الكافر فيلزم العلم باعتبار استناد الارث الى وقت حدوث الردة اعتبارا للردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان غير أنه زال به اسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة (قوله فاذا اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه) أي بعد الطلاق الرجعي فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلاث حيض كذا في الكافي ووضع في شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى أن الطلاق لم يحدث في الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم الا أن يجعل لبقائه الحكمي حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت اجماعية لكن هي خلافية وبقولنا قال الشافعي في الاظهر وأحمد واسحق والحسن والشعبي والضحاك وقال مالك وأبو ثور لا تكمل عدتها في الرجعي والبائن وعن الزهري وعطاء وقتادة تكمل فلا بد من اثبات اعتبار بقائه كابتدائه وجه قول مالك ان بمجرد الطلاق تم سبب عدة الاماء وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح متأكد فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة في كمية مخصوصة فالنكاح سبب للعدة عند الطلاق فقط لا بقيد كمية خاصة اذ لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية بل في مطلق التربص تعرفا وتأسفا وتقدير الكمية لحكمة أخرى سنذكرها في عدة النكاح الفاسد وحينئذ سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهي أربعة صورتها أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فاعتدت بشهر ونصف فلما حاضت في أثنائها انتقلت الى حيضتين فلو أعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى أربعة أشهر وعشر (قوله وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور) يمكن كون كان تامة يعني اذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور (قوله ثم رأت الدم) بعد انقضاء الاشهر أو في خلالها (انتقض مامضى من عدتها) وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرح به ويندرج في اطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذي ذكره في الكتاب بقوله (لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا) وعلله بأن شرط الخلفية أي خلفية الاعتداد بالاشهر عن الحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية والاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني فاذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة الا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وهذا ليس بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه حينئذ ظاهر في انه ذلك المعتاد وعود العادة يبطل الاياس ثم فسر بعضهم هذا بأن تراه سائلا كثيرا احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيده أيضا بأن يكون أحمر أو أسود فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضا ومنهم من لم يتصرف فيه فقال معناه اذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد انها

لا تتحول العدة في الرجعي أيضا لانها عند الزوال أمة ولهذا تعتد من وقت الطلاق وأجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ولهذا تحولت بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق قوله (وان كانت آيسة) ظاهر وقوله (واذا رأت على العادة) يعني ان رأت دما سائلا وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول اذا رأت دما سائلا كما كانت تراه في زمان حيضها فهو حيض وان رأت بلة يسيرة لم تكن حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله (لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح) قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها فأما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة أو نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضا

(قوله وأجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال الى قوله فلم تتحول العدة بالعتق) أقول لا يقال ايرد هذا الجواب قول المصنف لقيام النكاح من كل وجه لان ذلك بالتبين اذا راجع وأما اذا لم يراجع فالمبطل يعمل عمله من وقت وجوده وقد مر في باب الرجعة

اذا كانت عادتها قبل الاياس أصفر فرأته كذلك أو علقا فرأته كذلك كان حيضا مظهرا عدم انقضاء
العدة بالاشهر ثم أطلق المصنف انتقاض العدة والاستئناف فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير
الاياس بمدة أولا وذكر في المحيط أن في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه واياسها على هذه أن
تبلغ من السن ما لا يحيض فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد
دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الاشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون
المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفي رواية يقدر بخمس وخمسين سنة
وهو رواية الحسن وعليه أكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره في الروميات
بخمس وخمسين سنة وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين وبه قال الصفار وقال أبو الليث لو حاضت ثم
انقطع عنها الدم تصبر ستين سنة وتعتد ولو كانت عادة أمها واخواتها الانقطاع قبل الستين تأخذ
بعادتهن وبعد الستين لا تأخذ بعادتهن وقال الاقطع فاذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا كالدم الذي
تراه الصغيرة التي لا يحيض مثلها وهذه العبارة تفيد أنه لا يحتاج الى حكم القاضي بالاياس وكذا
العبارة القائلة اذا بلغت المقدر يعني وانقطع حيضها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا
انما يقتضي ان يكون عند بلوغ المقدر مع الانقطاع يحكم به شرعا وقيل يكون حيضا ويبطل به
الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين اذا لم تر الدم بالاجتهاد
والدم حيض بالنص فاذا رأته فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل كذا نقله بعضهم وهو يفيد
كون الخلاف إنما هو على رواية التقدير وأما على رواية عدمه فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية
معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير قالوا ولو اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو
المختار عندنا فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين وفي بعض العبارات ما يفيد أن عدم الانتقاض اذا
حكم القاضي بالاياس ويفيد الانتقاض بعدم حكمه به ففي الخلاصة نقل من نوادر الصلاة عن محمد في
العجوز الكبيرة اذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض ثم نقل قول ابن مقاتل انها محمولة على ما اذا لم
يحكم باياسها أما اذا انقطع وحكم باياسها وهي ابنة سبعين سنة أو نحوه فرأت الدم لا يكون حيضا وقال
بعده بخطوط وطريق القضاء أن يدعي أحد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي
بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان الصدر الشهيد يفتي بأنها لو رأت بعد ذلك دما يكون حيضا
ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاشهر وان كانت رأته بعد تمام
الاعتداد بالاشهر لا تبطل الانكحة قضى القاضي بجواز النكاح أو لم يقض ثم ذكر الخلاف
صريحا مبنيا على ما قلناه من مجموع النوازل أن الآيسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم
يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ رحمهم الله إلا إذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رأت الدم
لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح يكون جائزا ولا يشترط القضاء وفي المستقبل
العدة بالحيض انتهى فتحصل في المسئلة أقوال على التقدير وعدمه وهي تنتقض إذا رأته قبل انقضاء
الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قدر أقل مدة الاياس أولا حكم بالاياس أولا وهو ظاهر مختار
المصنف من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا تنتقض كذلك اذا رأته قبل تمام الاشهر وان كان
بعدها فلا يبطل فلا تنتقض الانكحة قضى بالاياس أولا وهو قول الشهيد تنتقض اذا لم يكن قضى باياسها
كما قلنا لا تنتقض ان كان حكم باياسها وهو بان يدعي فساد النكاح فيحكم بصحته وبانقضاء العدة
وتنتقض اذا لم يكن حكم بالاياس والقول الصحيح المصحح في النوازل انتقض في المستقبل فلا تعتد
الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المصنف
هو الصحيح احتراز عن كل قول يخالف اطلاق الانتقاض مطلقا كان أو مفصلا ومبنى مختاره على

وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبنى بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود يومى وفى ذلك جمع بين البدل والمبدل وأجيب بان البدلية اما أن تعتبر فى الصلاة أو فى الطهارة وكلاهما غير صحيح أما الاول فلان الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء وكذلك الصلاة بالايماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض الشئ لا يكون بدلا عن كله وأما الثانى فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض وا كمال البدل بالاصل جمع بينهما قال (والمنكوحه نكاحا فاسدا) كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحرم اذا نكحها المحرم عالما بحرمتها عند أبى حنيفة (والموطوءة بشبهة) وهى التى زفت الى غير زوجها فوطئها

(ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور) تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل (والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة

اشتراط تحقق الاياس لخلفية الاشهر بالنص وان تحقق اليأس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات ولا شك فى الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا أعلم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ اليأس أنه يقتضى ذلك ولا شك ان اليأس من مقولة الادراك فانه ليس الا اعتقاد ان الشئ لا يقع أبدا أما انه يستدعى كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا ولذا قد يتحقق اليأس من الشئ ثم يوجد وكثيرا ما يقال فى الوقائع كنت أيست من كذا ثم وجدته فانما يستدعى سبباله وكونه بأن ينعدم الحيض ويمتد وينتفى مخايل وجوده فى باقى العمر لكبر السن كاف فيه وعلى هذا إذا رأته بعد الاياس لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالاشهر لوقوعه معتبرا لوجود شرطه ويبقى النظر بعد ذلك فى انه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صححه فى مجموع النوازل أو لا ينتقض فيما يستقبل أيضا كقول الصفار وغيره وهو ينبنى على النظر فيما يترجح فى هذا المرئى بعد الاياس أهو حيض أم دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالاياس وعدمه إذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات فى المستقبل والوجه يقتضى الاختلاف فى المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع فى سنه وهو الذى يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الجس والجسون وعدم مخايل كونه امتداد الطهر ولا يجوز فى المستقبل الا الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان الاياس لا ينافيه فاذا تحقق الاياس تحقق حكمه وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه والله سبحانه أعلم واما كون العجز المستدام شرطا فى الشيخ الفانى فلا يستلزم مثله فى الاياس اذ لا ملازمة بينهما ما ثبت شرعا والمسئلة نصية لا قياسية نص تعالى على تعليق الاعتداد بالاشهر عند الاياس وقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الاياس فثبت الاعتداد بالاقراء بالنص (قوله ولو حاضت حيضتين ثم أيست) بأن بلغت سن الاياس عند الحيضتين وانقطع أو انقطع عندهما فى سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ما ذكر الفقيه وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور انها تستأنف العدة بالشهور وأورد عليه ان المتوضئ إذا سبقه الحدث فى الصلاة ولا ماء يتيمم ويبنى وكذا لو صلى أول صلاته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالايماء وهما بدلان أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والجمع ان يجمع بين التراب والماء فى رفع حدث واحد وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الاول بالماء ورفع الثانى بالتراب ولا الايماء خلف عن الاركان لانه موجود فيها وزيادة ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه للعذر وبقى البعض على حاله وبعض الشئ لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فانما تكون الخلفية بشئ آخر (قوله والمنكوحة نكاحا فاسدا) وهى المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثانى بأنها متزوجة فان كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لانه زنا واذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها وبه يفتى كذا فى الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتى زفت الى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه اذا ادعى

(قوله اذا عجز عن الركوع والسجود يومى الخ) أقول يعنى بعد ما صلى أولها بركوع وسجود (قوله فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما الخ) أقول يعنى أن المراد بالجمع هو اكمال أحدهما بالآخر وليس ذلك بموجود فى الطهارتين فانه لم يجمع بينهما فى رفع حدث واحد بل رفع الحدث الاول بالماء والثانى بالتراب ثم اجتمعا فى صلاة واحدة (قوله وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض) أقول قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية (قوله عالما بحرمتها عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول يعنى انه فاسد عنده خلافا لهما فانه باطل عندهما وسيجئ فى الحدود

عدتهما الحيض فى الفرقة والموت) لانها التعرف عن براءة الرحم لا القضاء حق النكاح والحيض هو المعرف (واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعى حيضة واحدة) لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء

الاشتباه (قوله عدتهما الحيض فى الفرقة) الكائنة بتفريق القاضى أو عزم الواطئ على ترك وطئها (والموت) أى موت الواطئ وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ومطلق اسم الزوج انما يقع على المتزوج بنكاح صحيح فالعدة فى حقهما للتعريف لا لاظهار خطر النكاح باظهار التأسف على زواله غيران الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذى هو ثابت فى الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما فى الاستبراء وانما وجبت فى الصحيح ثلاثا لان المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به أو استحاضة معه عندنا وغاية الامر انه مخالف للعادة بخلاف ما اذا تكرر فى الاشهر فانه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة الى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له ألا ترى انه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك ان فيه شائبة التعبد (قوله واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض) فان لم تحض فثلاثة أشهر يعنى اذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا فى عدته فان كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل فى الاول وفى الثانى والثالث لا يجب عليها عدة من المولى لعدم ظهور فراش المولى ولو مات زوجها ومولاها ولا يدرى أيهما أول فاما أن يعلم ان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كائنا ما كان ذلك من يوم الى شهرين وأربعة أيام أو يعلم انه شهران وخمسة أيام فصاعدا أو لا يعلم كم بينهما ففى الاول تعتد بأربعة أشهر وعشر لانه ان كان موت المولى أولا فلا عدة منه لانها ذات بعل ثم موت الزوج بعده وهى حرة موجب لاربعة أشهر وعشر وان كان موت الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ثم موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة ولا لتغييرها لانها تختص بفرقة الرجعى فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت فى الزوج بين كونها أربعة أشهر وعشرا وشهرين وخمسة أيام فوجب الاحتياط فلزمها أربعة أشهر وعشر وفى الثانى يجب أن تعتد بأبعد الاجلين يعنى تجمع بين أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض لان السيد ان كان مات أولا ثم مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات أولا فعدتها شهران وخمسة أيام ثم موت السيد بعدها يوجب عليها ثلاث حيض لانه بعد انقضاء عدة الزوج فعلى تقدير عدتها أربعة أشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بان تعتد بأكثر ما يلزمها وفى الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذى ذكرناه وعند أبى حنيفة تعتد بأربعة أشهر وعشر فقط لاحتمال ان الزوج هو المتأخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل بأقوى الدليلين ولا يخفى انه مشترك الالزام (قوله وقال الشافعى حيضة واحدة) وهو قول مالك وأحمد وقواهم قول ابن عمر وعائشة وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهرى والاوزاعى واسحق انها تعتد بأربعة أشهر وقولنا قول عمر وعلى وابن مسعود وعطاء والنخعى والثورى وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملا وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجلى وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة قياسية ولا شك انه يتحقق بموت المولى وعتقه كل من أمرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على

(عدتهما الحيض فى الفرقة والموت جميعا لانها) أى لان عدتها (التعرف عن براءة الرحم لا القضاء حق النكاح) اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة (والحيض هو المعرف) ولا تفرقة فى ذلك بين الفرقة والموت فان قيل فعلى هذا وجب أن يكتفى بحيضة واحدة أو شهر كما فى الاستبراء وليس كذلك أجيب بانها انما كانت ثلاث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان أحكام العقد الفاسد أبدا يؤخذ من حكم الصحيح كما فى البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه ولذلك يثبت أجر المثل دون المسمى كذلك وههنا أيضا لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه فان عدة الوفاة لزيادة اظهار التأسف لفوات نعمة النكاح والنعمة فى النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح فى اعتبار مدة العدة احتياطا (واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعى حيضة واحدة) وهو مروى عن ابن عمر قال عدتها أثر ملك اليمين (لانها تجب بزواله وكان كالاستبراء) ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة

ولنا انها وجبت بزوال الفراش فأشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض (ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر) كما فى النكاح (واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها)

الاول هكذا تربص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلاث حيض كالتربص فى الطلاق وهذا أرجح لان العدة مما يحتاط فى اثباتها فالقياس الموجب للاكثر واجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما فى ايجاب الزائد على الحيضة وذلك لان نفى وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا تعديته حكم الاصل وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلى لا لانه مقتضاه فان أثر العلة فيه وفى كل قياس إنما هو فى تعديته حكم الاصل لا فى غيره بنفى ولا اثبات ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضى لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد على الحيضة يقتضيه القياس الذى عيناه ولا يقتضى نفيه ماعينوه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت بين كل قياسين اذا لم يكن موجب أحدهما بعض موجب الآخر وحينئذ يثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الاصل بنفى ولا اثبات فاذا كان فى الفرع جامعان بلا مانع أحدهما يقتضى فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فانه يلزم من اعتبار أحدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا أن يقال بجواز القياس والتعليل لنفى حكم فان النفى حينئذ مقتضاه وفيه كلام فى الاصول ومن اختاره شرط كون العلة أمرا عدميا والمحققون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيأ وماوقع فى الفقه مما ظاهره التعليل به كقول محمد فى عدم الخمس فى موضع لانه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلى بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس الا ذلك وهو منتف فى تلك الصورة فينتفى الخمس أى يبقى على عدمه الاصلى لا لانه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما إذا كان موجب أحدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين متظافران على اثبات ذلك البعض وينفرد أحدهما باثبات أمر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر (قوله وإمامنا فيه عمر رضى الله عنه) روى ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا عيسى ابن يونس عن الاوزاعى عن يحيى بن أبى كثير ان عمرو بن العاص أمر أم الولد إذا عتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب إلى عمر فكتب بحسن رأيه فأما انه قال فى الوفاة كذلك فالله أعلم وليس يلزم من القول بثلاث حيض فى العتق من شخص قوله به فى الوفاة ألا يرى الى ماذكرناه عن عمرو بن العاص انه قال بها فى العتق وروى ابن حبان فى صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر لكن قال الدارقطنى وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع وهو عندنا غير ضائر اذا كان قبيصة ثقة وقد أخرج ابن أبى شيبة عن الحرث عن على وعبد الله قالا ثلاث حيض إذا مات عنها يعنى أم الولد وأخرجه عن ابراهيم النخعى وابن سيرين والحسن البصرى وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف الا أن غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله والمحقق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأى وقد بينا ترجيح مايوافق رأينا (قوله وإذا مات الصبى عن امرأته وبها حبل) احترازعما إذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا ثم معرف ذلك ان تضع لاقل من ستة أشهر من موته فى الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند أبى حنيفة ومحمد وان وضعته لستة أشهر من موته فأكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل بأربعة أشهر وعشرا اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لاكثر من سنتين من موته وفيما دون

(ولنا انها أثر زوال الفراش) لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما وامامنا فيه عمر رضى الله عنه فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض وهو المروى عن على وابن مسعود (وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما فى النكاح) وقوله (واذا مات الصغير عن امرأته) ظاهر

وقوله (كالحادث بعد الموت) يعني بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بأن يأتي لا كثر من سنتين قال في النهاية والاول أصح وتفسير قيام الحبل عند الموت أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية (ولهما قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج أو من غيره في عدة الطلاق أو الوفاة وقوله (ولانها مقدرة) دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بعدة وضع الحمل في أولات الاحمال قصرت المدة أو طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق

في الصبي وان لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وهي واضحة و بين الاولى بقوله (لشرعها) أي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف على ما مر وفيه بحث لان الضمير في قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة في أولات الاحمال أو اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعى عدة الوفاة في الحامل ولا يلزم من ان لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل أن لا يكون له فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعني ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في أولات الاحمال ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان أعم من المدلول كان أتم فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف المساوية

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر وهو قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الاحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه

ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشئ لان التقدير للحدوث بأ كثر من سنتين أو بسنتين كوامل ليس الا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة إلى تأخير الحكم بالحدوث إلى السنتين (قوله وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبي يوسف إذ لم يحك في الظاهر خلاف ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم وقول فخر الاسلام وهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فانما هي رواية عنه وكذا قال شمس الائمة وعن أبي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر انتهى واذا قال أبو يوسف في المطلقة اذا جاءت بولد لا كثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منفي النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانما هي رواية شاذة وهو قول مالك وأحمد وهي رواية عن أبي حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق أما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه إلا إذا لم يمكن بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فأتت بولد غير سقط لاقل من ستة أشهر من وقت العقد بأن تزوجها حاملا من الزنا ولا يعلم الحال ثم وضعته كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعنده لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند أبي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما إذا لم يعلم فانه وان لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لانه شبهة فيقع الخلاف في انها بالوضع أو بالاشهر وحاصل متمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير هكذا حمل منفي النسب فلا تعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير (ولهما اطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) من غير فصل بين كونه منه أو من غيره (ولانها) أي عدة الوفاة في حق الحامل وقت الموت (مقدرة بوضع الحمل في أولات الاحمال لا للتعرف فراغ الرحم لشرعها) أي لشرع عدة الوفاة (بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى) وهو قضاء حق النكاح (يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه) كما يتحقق في الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه انه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهارا لخطره متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه ودليل الالغاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ما ذكروه من صورة القياس فان حقيقته ليس الا نفي الحكم لنفي العلة

قال المصنف (لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر) أقول والظاهر انها لو كانت للتعرف يثبت المطلوب أيضا الا انه بنى الكلام على الواقع ان قيل المراد عن ماء المطلق قلنا لا ماء فيه ههنا قال المصنف (لكن لقضاء حق النكاح) أقول يعني المغلب ذلك (قوله لان الحامل لا تحيض عندنا) أقول ولان عدتها ليست بالاشهر (قوله ولا يلزم من أن لا يكون التعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل الخ) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر لثبوت المطلوب على ذلك التقدير أيضا

وقوله (بخلاف الحمل) جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني إنما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والتزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح بآية التربص (فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل) لانها عدة أولات الاحمال بالنص (فافترقا) أى الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فان قيل إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد ألزمناها العدة بالشهور ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل أجاب بقوله (ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان) أى الحمل (كالقائم عند الموت حكما) تبعا لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لابد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما وفى امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا الى أقرب الاوقات وكان ابتداء عدتها بالاشهر لامحالة (ولا يثبت النسب فى الوجهين) يعنى فى وجهى مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده (لان الصبى لاماء له فلا يتصور منه العلوق) فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش أجاب بقوله (والنكاح يقام مقامه) أى مقام الماء (فى موضع التصور) وقوله (واذا طلق الرجل امرأته) ظاهر قال (واذا وطئت المعتدة بشبهة) اذا وجبت على المرأة عدتان فاما ان تكونا من رجلين أو من رجل واحد فان كان الثانى كما إذا طلقها ثلاثا فتزوجها فى العدة ووطئها أو وطئ المطلقة ثلاثا وقال ظننت انها تحل لى أو طلقها بألفاظ الكناية فوطئها فى العدة فلاشك ان العدتين تتداخلان وان كان الاول وكانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجىء أو من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت فى عدتها فوطئها الثانى وفرق بينهما تتداخلان عندنا

بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما (ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين) لان الصبى لاماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه فى موضع التصور (واذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التى وقع فيها الطلاق) لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها (واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان

المساواة وهى ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف فى الخلافية فينتفى الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى فى الحامل بحادث بعد موت الصبى ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لايخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح وقدمنا ان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفرد أحدهما وقد يجتمعان فالاولى عدم التعرض للنفى ويكفى كون العدة مطلقا القضاء فانه إذا ثبت أمر للاعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للنفى أيضا واعلم ان قول أبى حنيفة ومحمد فى المسئلة التى استبعدنا بها قول أبى يوسف أعنى المطلقة إذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضى من ستة أشهر قبل الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل الحادث الى أقرب زمانه (قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه فى الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل إذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بأن حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلابد من أن تثبت العدة إذ ذاك والفرض ان لاحمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالاشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض ان العدة تثبت لا يتوقف فانما تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية بأولات الاحمال حالة الفرقة (قوله ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها حبل بعد موته) بأن جاءت بولد لاقل من سنتين مع حدوثه فى نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه فى نفس الامر وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمى والواقع الا أن يتحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التأمل لامعنى للايراد المجاب عنه بما ذكر أصلا (قوله ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين) أى فى الحادث بعد الموت وغيره لان الصبى لاماء له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه أى مقام العلوق فى موضع التصور لان الشئ إنما يقدر تقديرا اذا أمكن تصوره تحقيقا (قوله واذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض لم يحتسب بالحيضة التى وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل) لانه مسمى الاسم فى ثلاثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان (قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة) من أجنبى أو من الزوج ووافق الشافعى فى أحد

(قوله وان كان الاول وكانا من جنسين كالمتوفى زوجها) أقول يعنى كالمتوفى عنها زوجها

ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطء الثاني إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة تجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض أيضا والحيضتان تنوب عن أربع حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطء الثاني خاصة وان لم تكن رأت شيأ فليس عليها الا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض (وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود من العدة العبادة أي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد) فان العدة كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم فكذا في العدة (ولنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فيتداخلان) وقوله (ومعنى العبادة تابع) جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة في العدة تابع ان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الآية وقال ولا يخرجن الآية وموجب النهي التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكالخمر فيمن حلف لا يشربها وهو صائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فان ركنه الكف لقوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل ولن يجتمع الامسا كان في يوم واحد واستوضح المصنف تبعية العبادة بقوله (ألا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف) يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق أداؤها بدون ركنها واعترض بأنها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا ان المقصود (٢٨٤) ذلك لكن لانسلم جواز التداخل والا لجاز التداخل في اقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها وأجيب عن الاول بأن الصبية التي تحتمل الوطء والآيسة تحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء لان العدة يكتفى في ايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة صيانة لماء الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم في نفسه كماء الثاني وعن الثاني بأنا لانسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول الاولى المقصود لان المقصود من الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال واردا عليه

ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية) وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع ألا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف

قوله فيما إذا كان الواطئ المطلق والوطء بشبهة يتحقق بصور منها التي زفت إلى غير زوجها والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر أو في العدة إذا قال ظننت انها تحل لي والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة أو كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة أو في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك وعدمه قول الشافعي وأحمد رحمهم الله وما في الغاية من ان الشبهة في المطلقة الطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب بالوطء وان قال ظننت انها تحل لي واذا لم يثبت النسب لا تجب به العدة سيأتي دفعه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل جعل المرئي عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة

(قوله والدليل على ان معنى العبادة الى قوله وموجب النهي التحريم) أقول مأخوذ من شرح تاج الشريعة لكنه مؤاخذ ثم أقول بل موجبه كف النفس عن المنهي عنه على ما حقق في الاصول الا أن يكون مراده موجبه في تينك الآيتين لدليل يدل عليه وهو ماذكره المصنف فليتأمل (قوله فان ركنه الكف لقوله تعالى الخ) أقول يعني انه مأمور به وكل ماهو كذلك فهو عبادة فيكون كفا (قوله لكن لانسلم جواز التداخل الخ) أقول لا وجه لهذا المنع بعدما بين المقدمة الممنوعة بالدليل ولك أن تقول في العبادة والمراد هو النقض الاجمالي (قوله وأجيب عن الاول بان الصبية التي تحتمل الوطء الخ) أقول ما تقول في الصغيرة التي لا تحتمله فانه تجب العدة اذا خلا بها زوجها عند أكثر المشايخ (قوله وعن الثاني بانا لانسلم الملازمة الخ) أقول مقابلة المنع بالمنع اذا حمل على ظاهره (قوله وفيه نظر لان المصنف الخ) أقول والصحيح في الجواب أن يقال المقصود من العدة هو التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا بخلاف ما اذا تكرر فانه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له ألا ترى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك ان فيه شائبة التعبد فليتأمل

الاولى فعليها حيضتان تمامها وتحتسب بهما من عدة الثانى وللآخر أن يخطبها إذا انقضت عدتها من الاول لانها فى عدته ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها إذا شاء ثم لا يقربها حتى تنقضى عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثانى حتى تنقضى عدتها منه وكذا ان كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف مبنى على ان ركن العدة ماذا فعند الشافعى كف النفس عن الحرمات فى مدة معينة فاذا وجب كف عنها فى مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات ألا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين فى يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا ان الركن نفس تلك الحرمات الكائنة فى تلك المدة ويمكن اجتماع حرمات فى الشئ الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه فى زمان واحد بأسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهار الصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نستأنف الكلام ونقول لا شك انه يثبت عند تمام سبب العدة أمور هى حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج فى مدة معينة تنتهى هذه الحرمات بانتهائها ووجوب التربص فى تلك المدة أيضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع أن هذا الوجوب لابد أن يثبت لازما للحرمة بأدنى تأمل ومتعلق الوجوب ليس الا فعل المكلف والتربص وان كان الانتظار فهو من أفعال النفس فان أردنا تعيينه لم نر أنسب به من كونه ترك تلك الحرمات الى انقضاء المدة وترك الشئ لا يخرج عن كونه كف النفس عنه أو حبسها فمن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق وحينئذ يكون حاصل يتربصن نهيا عن تلك الامور لانه طلب الكف عنها كما جعلوا قوله تعالى وذروا البيع نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الامور ومن المعلوم أن لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة الا عند علمها بالسبب اذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم فحكم بهذه المقدمة وهى أن الحكم انما يثبت فى حق المكلف باعتبار علمه بالسبب والمقدمة القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهى بانتهائها لزم أنها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت فى حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته أصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب فى أصل الوجوب على ما عرف أو علمت ثم لم تكف أى لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى أن تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على أن معنى العبادة تابع كما قال المصنف بل الدليل على ذلك تحققها فى حق من لا تصح العبادة منه ولا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق العدة فى الشرع بالاصالة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما فى ذات الاقراء وقد لا كما فى الآيسة والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك الحرمات ولا شك أن العدة تطلق على كل من تلك الامور أما على التربص ففى قولنا وجبت العدة ونحوه وأما على نفس المدة ففى نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكر أيضا وأما على نفس الحرمات فبفرض دعوانا انها الركن لكن الشأن فى بيان أن مسمى لفظ العدة فى الشرع ماذا فالذى يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن ثلاثة أشهر انه نفس المدة الخاصة التى تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التربص لا أنه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه وأما قوله تعالى أجلهن أن يضعن حملهن حتى يبلغ الكتاب أجله فاذا بلغن أجلهن فالاجل هو ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة فى الدين ثم الثابت بمضى هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتهما ولا دليل فيه

(والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقا للتداخل بقدر الامكان (وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها) لان سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة (والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق

أيضا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التربص وأما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضي أن المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم الحقيقي الا ظاهرا وذلك لو لم يعارضه النظم القرآني فتلخص انه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل وحينئذ نقول لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة وذلك لان العدة حينئذ تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لا أن تداخلها تداخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاء لازما لتداخل العدة أو كان عين تداخلها فلذا والله أعلم اقتصر المصنف عن كون المبني ماهو والدفع على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب تحققه على وجه العبادة بل مطلقا اذ لا دليل يوجب كونه وجب ايجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع أنه لم تحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على انه عبادة نعم هو له عرضية أن يصير عبادة فان البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع فروغ النفس لذلك احتسابا لله وقصدا لطاعته وقع ذلك عبادة لله تعالى لا لأنه يجب ايقاعه كذلك لما ذكرنا (قوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) فلو لم ترفيها دما يجب أن تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض (قوله وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق) لان سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدموا ان سببها النكاح والطلاق شرط وان الاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى أن يقال لان عند الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة (قوله ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين أو يتواضعا عليه ليتزوج أختها أو أربعا سواها واذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الائمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي أن يتحرى به محل التهمة والناس الذين هم مظانها ولذا فصل السغدي حيث قال ماذكر محمد يعني من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق اليه أما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد قال محمد وعلى هذا اذا فارقها زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغي أن لا يحل له التزوج باختها وأربع سواها وعرف أن تقييده بالاقرار يفيد أن الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار وأن سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء انما هو اذا صدقته أما اذا كذبته في الاسناد فلا وكذا اذا قالت لا أدري والحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ ان العدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد ثم المراد من قوله

وقوله (والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور) ظاهر قال في المبسوط لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر ويحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضا قال (وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق) ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق (وفي الوفاة عقيب الوفاة) لان سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة (فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب) فان لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد اذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت (ومشايخنا) يريد علماء بخارا وسمرقند (يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة) لجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشئ أو يتواضعا على انقضاء العدة لان يتزوج أختها أو أربعا سواها وقال في الذخيرة اختيار مشايخ بلخ أنه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق يعني حتى لا يتزوج باختها او باربع سواها زجرا له على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه (والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق) بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما

ومشايخنا

أوعزم الواطئ على ترك وطئها) وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد فى العقد الفاسد يجرى مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى فى الكل بمهر واحد فقبل المتاركة أو العزم لاتثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم فى حق غيره (واذا قالت المعتدة انقضت عدتى وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين) لانها أمينة فى ذلك وقد اتهمت بالكذب

ومشايخنا مشايخ بخارا وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب فان كان غائبا فأتاها موته أو طلاقه لمدة تنقضى بها العدة فلا عدة واذا شكت فى العدة اعتدت من الوقت الذى تستيقن فيه بموته ولو جعل أمر امرأته بيدها ان ضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضى بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب ينبغى أن تكون من وقت الضرب ولو طلقها وأنكر فأقيمت البينة فقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء (قوله أو عزم الواطئ) بأن أخبرها انه ترك الوطء فان الاخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه أما آخر الوطآت لا يعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفى الخلاصة والنصاب المتاركة فى النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون الا بالقول كقوله تركتك وما يقوم مقامه كتركتها وخليت سبيلها اما عدم المجىء فلا اذ الغيبة لا تكون متاركة لانه لو عاد يعود ولو أنكر نكاحها لا يكون متاركة (قوله ولنا ان كل وطء وجد فى العقد الفاسد يجرى مجرى الوطأة الواحدة) لاستناد الكل أى كل الوطآت (الى حكم عقد واحد) وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أى لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر ذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر انها اذا حاضت بعد الوطء أى وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للازواج فاذا تزوجت ظهر ان ذلك كان آخر الوطآت وان كان وطئها بعد ذلك عاد هذا التقدير فنقول ان تركها حتى حاضت ثلاث الخ ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال عزمت على تركها احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين أخريين وعندنا لا تحتسب بها (ولان التمكن) من الوطء (على وجه الشبهة) بسبب ذلك العقد (أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومسيس الحاجة الى معرفة الحكم فى حق غيره) أى فى غير الواطئ وهو حلها للازواج والخفى لا يعرف الحكم واذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك الا بالتفريق أو المتاركة صريحا فلا تثبت العدة الا عندهما واختار أبو القاسم الصفار قول زفر ومقتضى ما قدمنا فى باب المهر من قول طائفة من المشايخ وهو الوجه انها لو تزوجت عالمة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحا فيما بينها وبين الله تعالى انما اشتراط كونها بعد الترك فى القضاء (قوله فالقول قولها مع اليمين) لابد أن يكون محل هذا ما اذا كذبها مع كون المدة

أوعزم الواطئ على ترك وطئها) والعزم أمر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان يقول تركت وطأها أو ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه (وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب) للعدة اذ لو لم يطأ لم تجب عليها العدة (ولنا ان كل وطء وجد فى العقد) وتقريره القول بالموجب وهو أن يقال سلمنا ان الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطآت التى توجد بالعقد الفاسد (بمنزلة وطأة واحدة لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا يكتفى فى الكل بمهر واحد) واذا كان كذلك لم يثبت آخر وطأة تترتب عليها العدة الا بالتفريق أو العزم لانه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطآت آخرها وتجريد هذه النكتة العدة لا تثبت الا بآخر وطأة وآخر وطأة لا توجد الا بالتفريق أو العزم فالعدة لا تثبت الا بالتفريق أو العزم أما أنها لا تثبت الا بآخر وطأة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم وأما ان آخر وطأة لا توجد الا بالتفريق أو العزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله (ولان التمكن على وجه الشبهة) دليل آخر وتقريره أن حقيقة الوطء أمر خفى له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة وكل أمر خفى له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم فالتمكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء واذا قام مقامها فهما كان التمكن باقيا كان الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطآت اذ التمكن باق بعد كل وطأة فرضت فلابد من المتاركة أو العزم ليرتفع التمكن فيتعين آخر الوطآت فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطء أمر خفى لان الحاجة الى معرفة العدة انما هى للزوجين وحقيقة الوطء ليست بخفية بالنسبة اليهما قلت قد أشار الى الجواب بقوله (ومساس الحاجة الى معرفة الحكم فى حق غيره) أى غير الواطئ وهو الذى يريد أن يتزوجها وقيل وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها ولا خفاء فى مفهوم كلام المصنف فى النكتتين ولم أجد فى الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خاطرى أبو عذره وجهد المقل دموعه وقوله (واذا قالت المعتدة انقضت عدتى) ظاهر

(قوله أما انها لا تثبت الا بآخر وطأة الى قوله فلما قال مع جواز وجود غيره) أقول فيه بحث قال المصنف (مع جواز وجود غيره) أقول بالنسبة الى الموطوءة فانها لا تعلم الآخر حتى تتربص هكذا قيل وفيه بحث اذ مر آنفا ان معنى العبادة تابع فى العدة فاذا حاضت ثلاث حيض بعد الوطء ينبغى أن يجوز تزوجها بزوج آخر لتعين آخر الوطء فتأمل

وقوله (فتحلف كالمودع) يعني اذا قال هلكت الوديعة أو قال رددتها وأنكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه أمين وما على الامين الا اليمين قال واذا (طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا) قال في النهاية هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني أو لا فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة ووجه قول محمد ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة فان قيل فعلام يجب عليها اكمال العدة الاولى أجاب بقوله وا كمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا أنه لم يظهر حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة الاولى (كما لو اشترى أم ولده) أي منكوحته التي ولدت منه (ثم أعتقها) فانه يجب عليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة ألا ترى انه لا يجوز أن يتزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه أيضا فوجبت حقا للفساد وهما يعتبران من الاعتاق أيضا ويلزمها الاحداد وأما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد (ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره) أي والحال انه بقي أثره أي أثر الوطء الاول (وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة) بالدخول في النكاح الاول ناب ذلك القبض) الذي كان بالدخول (مناب القبض) أي الدخول (المستحق في هذا النكاح) فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الطلاق بائن أجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشيء لا يلزم أن يساويه من جميع الوجوه ألا ترى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح وقوله (فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول) تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقول زفر على ما ذكره واضح وقوله (وجوابه ما قلنا) اشارة الى قوله وا كمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الخ

فتحلف كالمودع (واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى) لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وا كمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها أصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا

تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما لانه اذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا (قوله كالمودع) اذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول مدعي الرد مع ان عليه اليمين اذا كذبه وعكس هذه المسئلة اذا قال الزوج أخبرتني بان عدتها قد انقضت فان كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها الا أن يبين ما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج باختها لانه أمر ديني يقبل قوله فيه (قوله واذا طلق الرجل امرأته) المدخول بها (طلاقا بائنا دون الثلاث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وقال زفر نصف المهر أو المتعة ان لم يكن سمى فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكمل العدة الاولى وقال محمد لها نصفه أو المتعة وعليها اتمام العدة الاولى لزفر ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بالطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير ان ا كمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه (قوله كما لو اشترى أم ولده) أي زوجته التي هي أم ولده اذا كانت أمة فانه ينفسخ النكاح بالشراء

قال المصنف (كما لو اشترى أم ولده) أقول أي زوجته التي هي أم ولده اذا كانت أمة فانه ينفسخ النكاح بالشراء ولم يظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق يظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لانها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليه الاحداد الى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيها شيء من الحيضة الاخرى لانها عدة أم الولد أعتقت (قوله تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله الخ) أقول في دلالته على ما ذكره تأمل بل دلالته على انه كذلك حكما الا أن يريد بالتشبيه هذا المعنى

بالشراء ولم تطهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تطهر غير أن هنا تجب عليها عدة أخرى لانها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الاحداد الى أن تذهب عدة النكاح وهى حيضتان من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقى من الحيضة الاخرى لانها عدة أم ولد أعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها ولها ولد منه أو لا ولد لها منه فانه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل فى حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فاذا زال بالعتق تظهر حتى يجب عليها اتمام العدة الاولى لانه كان واجبا بالطلاق السابق وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم ابطال المقصود من شرعهما وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو كان تزوجها قبل أن تحيض فى العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة من الطلاق وفى ذلك اشتباه النسب وفساد كبير ولهما ان الوطء قبض وهى مقبوضة فى يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقى أثر هذا القبض بقيام العدة اذ هى أثره فاذا جدد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو فى يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال وجب على هذا أن يملك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن ما جعلنا النكاح الثانى قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه بل فى حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته مقامه فى حق جميع الاحكام والا كان اقامة فى حق ترك الاحتياط لان الاحتياط فى انقطاع الرجعة ألا ترى ان صريح الطلاق بعد الخلوة لا يثبتها مع ان الخلوة قائمة مقام الدخول فى تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول فى ذينك الحكمين اقامته مقامه وثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه احدى المسائل المبنية على هذا الاصل وهو ان الدخول فى النكاح الاول دخول فى الثانى أولا وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهى فى العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا أولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها فى العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها اتمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما أنه لا يتمكن من الوطء فى الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة فى الفاسد حتى لا يجب عليها العدة بها ولا عليه المهر وثالثها لو دخل بها فى الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها فى المرض فى عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول هل يكون فارا أم لا ورابعها لو تزوجت بغير كفء ودخل بها ففرق القاضى بينهما بطلب الولى ثم تزوجها هذا الرجل فى العدة بمهر وفرق القاضى بينهما قبل أن يدخل بها كان عليه المهر الثانى كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد نصف المهر الثانى وعليها اتمام العدة الاولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسادسها تزوجها صغيرة فدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول وسابعها تزوجها ودخل بها ثم ارتدت ثم أسلمت فتزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وثامنها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وتاسعها تزوج أمة ودخل بها ثم أعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول وعاشرها تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة فأعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول (قوله واذا طلق الذمى الذمية) أو مات عنها (فلا عدة عليها) فلو تزوجها مسلم أو ذمى فى فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب فى معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم أو مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده

(واذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليها

وكذا اذا خرجت الحربية الينا) مراغمة على نية أن لاتعود الى دار الحرب أبدا يقال راغم فلان قومه إذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي إذا خرج أحد الزوجين الينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا والآخر على حربه فقد زالت الزوجية ثم إن كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها وانما قيد المصنف بقوله مسلمة بيانا لاحسن حالاتها (فان تزوجت جاز عند أبي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم) يعني كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لايتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لاعدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك (وقد بيناه في كتاب النكاح) يعني في باب نكاح أهل الشرك (وأما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها) في دار الحرب (لعدم تبليغ أحكام الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص وقوله (ولان العدة حيث وجبت) دليل معقول وتقريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لاتجب قبل الدخول

(٢٩٠)

ولاحق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك وقوله (الا أن تكون حاملا) يجوز أن يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربي لاحق له (الا أن تكون امرأته حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب) والحمل الثابت النسب يكون أمنع من احتماله ألاترى أن أم الولد اذا كانت حاملا لايزوجها مولاها واذا كانت حائلا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم يكن ولقائل أن يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن مطلق لايفصل بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولايطؤها كالحبلى من الزنا والاول وهو أن لايجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لانسب له

وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا أن تكون حاملا وهذا كله عند أبي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول أبي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم أنه لاعدة عليها وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لاجناح عليكم أن تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا أن تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن أبي حنيفة انه يجوز نكاحها ولايطؤها كالحبلى من الزنا والاول أصح

(قوله وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة) ليس بقيد بل المعتبر أن تصير بحيث لاتتمكن من العود إما بخروجها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لاعدة عليها (فان تزوجت جاز الا أن تكون حاملا) وعنه لايطؤها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لايتزوجها الا بعد الاستبراء (وقالا عليها) أي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة (وعلى الذمية العدة أما الذمية فالخلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح) أي الاختلاف المشبه وهو عين المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح أهل الشرك واذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز الى آخره أو المراد كلا من الاختلافين (وأما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة) لمسلمة في دار الاسلام (لو وقعت بسبب آخر) غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق (وجبت العدة فكذا بسبب التباين) وانما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ولو لم يخص بها لم تظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية اذا كانوا يدينون ذلك (قوله بخلاف ما اذا هاجر الزوج) مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم صار مسلما أو ذميا (وتركها) فانه لاعدة عليها هنالك إجماعا حتى جاز له أن يتزوج أختها أو أربعا سواها كما دخل دار الاسلام (لعدم تبليغ الاحكام) لها في دار الحرب لا لانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح أهل الشرك انها حق الآدمي فتخاطب بها وقوله (وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) بعد قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات

(قوله وانما قيد المصنف بقوله مسلمة الخ) أقول انما قيد بقوله مسلمة ليعلم أن حال غيرها بالطريق الاولى قال المصنف (ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة) أقول ممنوع عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله أمنع من احتماله) أقول فلا يلزم من منع الحمل منع الاحتمال (قوله والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله الخ) أقول فيه بحث والاصوب التشبث بقوله تعالى وأولات الاحمال الآية فان المراد أولات الاحمال عند الفرقة ولافرقة في الزنا ثم الحديث لايدل على نفي النكاح بل يدل على نفي الوطء (قوله والاول وهو أن لايجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح الخ) أقول قد تقدم في فصل المحرمات من كتاب النكاح ان امتناع النكاح في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للحربي فينبغي أن يجوز

﴿فصل﴾ لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يفعلنه وما لا يجب يقال بت طلاق المرأة وأبته والمبتوتة المرأة وأصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلاث وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة بتطليقة بائنة (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) وهو ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها وأصل الحد المنع يقال أحدت المرأة إحدادا فهي محدة منعت نفسها وحدت تحد حدادا (أما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا) وفي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما هو في الايجاب وقال في النهاية يمكن أن يقال قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد نفسه فحينئذ كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة وكان تقرير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد أربعة أشهر وعشرا فكان هذا حينئذ إخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان إخبار الشارع آكد من الامر وهذا أنسب ما وجدت في الشروح فان قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار واجبا الخبر معارضا للكتاب أجيب بان المراد بما في الكتاب فرح خاص وأسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روي عن ابن مسعود (وأما) وجوب الاحداد على (المبتوتة فمذهبنا

﴿فصل﴾ قال (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا وأما المبتوتة فمذهبنا

المؤمنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالظني وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء في المطلقات فالحاق التباين بالطلاق قياسا يقيده بما بعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا تجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها المهر لان التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء ولا إشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان كان يمكن الوطء مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة وان لم يجب كمال المهر وان اعترفا بعدم الدخول لانه حق الشرع والولد فلا يصدقان في حق إبطال حق غيرهما وتقدمت هذه في باب المهر وان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة كغيرها لانها ترد إلى أيام عادتها فان نسيت عادتها اعتدت بثلاثة أشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر فاما أن يكون الطلاق أو الموت في غرة الشهر أو في أثنائه ففي الاول يعتبر ثلاثة أشهر في الطلاق أو أربعة في الوفاة بالاهلة وفي الثاني قال أبو حنيفة تعتبر الايام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن أبي يوسف روايتان كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله

﴿فصل﴾ لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر ما يجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من أصل وجوبها (قوله وعلى المبتوتة) يعني ويجب بسبب التزوج على المبتوتة وأصله المبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الاقارب وهل يباح قال محمد في النوادر لا يحل الاحداد لمن مات أبوها أو أمها أو ابنها أو أخوها وانما هو في الزوج خاصة قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غيرأزواجهن ثلاثة أيام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفي وجوبه على الرجعية وينبغي انها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه (قوله فلقوله صلى الله عليه وسلم الخ) في الصحيحين من حديث زينب بنت

﴿فصل﴾ وعلى المبتوتة (قوله وخضابها بعد وفاة زوجها) أقول الاولى أن يقال بعد فراق زوجها ليعم المبتوتة (قوله وقال في النهاية يمكن أن يقال الى قوله وهذا أنسب ما وجدت في الشروح) أقول ان أراد اتحاد النفيين فظاهر انه ليس كذلك وان أراد الاستلزام فعلى تقدير تسليمه لا ضرورة في جعل الاستثناء من اللازم ثم أقول لو صح ما ذكره لاطرد في أمثاله وليس كذلك (قوله فان قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وهو مذموم الخ) أقول ولك أن تقول المذموم هو التأسف على فوت النعم الدنيوية المحضة ونعمة النكاح ليست كذلك فانها من أسباب النجاة في المعاد والدنيا

وقال الشافعي لاحداد عليها الانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد أوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته

أبي سلمة قالت توفي حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها وقالت إنما أصنع هذا لانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا والحميم القريب وقد روى بلفظ آخر ووقع فيه مفسرا هكذا لما توفى أبوها أبو سفيان وفى لفظ البخاري فيه فوق ثلاثة أيام ولا يخفى انه لا دليل فيه على إيجاب الاحداد لان حاصله استثناؤه من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه وما قيل من أن نفي حل الاحداد نفي الاحداد فاستثناؤه استثناء من نفيه وهو إثباته فيصير حاصله لا احداد الا من زوج فانها تحد وذلك يقتضي الوجوب لان الاخبار يفيده على ما عرف ومن أن نفي حل الاحداد إيجاب الزينة فاستثناؤه استثناء من الايجاب فيكون إيجابا لان الاصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم اذ يمنع كون نفي حل الشيء الحسي نفيا له عن الوجوب لغة أو شرعا ليتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي له عن الحل ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب وأيضا استثناء الاحداد من إيجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد واتحاد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالاول فلذا قال ظهير الدين وما فاهوا بما فيه ثلج الفؤاد وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري إلى أنه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما أخرجه أبو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة أن تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها وعلى من سواه ثلاثة أيام والحق ان الاستدلال بنحو حديث حفصة في صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا فان فيه تصريحا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوما بارادة الاخبار بوجود فعلها منه بطريق الحل لظهور إرادته في حديث آخر ولم يخف أن الاخبار الموجب للوجوب الاخبار بصدور الفعل بالنسبة إلى المكلف لا بالنسبة إلى ثبوته شرعا مثلا اذا قال الحداد تفعله المرأة أفاد الوجوب لا إذا قال الحداد ثابت شرعا فانه أعم ومن الادلة فيه حديث أم عطية في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو اظفار فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الاحداد والنبذة بضم النون الشيء اليسير والقسط والاظفار نوعان من البخور رخص فيه في الغسل من الحيض في تطييب المحل وإزالة كراهته وحديث أم سلمة في الصحيحين أيضا قالت جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها بضم الحاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول قالت زينب كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيأ حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به فقلما تفتض بشيء الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل أي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر أو نحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش ما تفتض به فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الافتضاض الانقاء بالغسل ليصير كالفضة فهو منه والاول أحسن

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لا احداد عليها) أي على المبتوتة لانه لاظهار التأسف وهو في الموت لصبره

وقال الشافعي لاحداد عليها الانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وهذا قد أوحشها بالابانة فلا تأسف على فوته)

ولنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب) رونه أم سلمة ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفى معناه ماروى الطحاوى فى شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعى قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم فى الفتوى فيجوز تقليده وقوله (ولانه وجب) دليل معقول ويجوز أن يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره أن النص ورد فى وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتأفيف فان قيل ان تم هذا فى المطلقة لم يتم فى المختلعة لانها قد افتدت نفسها برضاها الطلب الخلاص منه فكيف تتأسف فالجواب أن الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الازواج أيضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا فى الزوجات والازواج ليسوا فى معناهن لكونهم أدنى منهن فى نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج وقوله (والحداد ويقال الاحداد) تعريف الحداد وكان موضعه أول الكلام وأتى بالجامع الصغير لان لفظه يخالف لفظ القدورى وفى الوجع اشارة الى أن العذر هو التداوى لا الزينة

ولنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها (والحداد) ويقال الاحداد وهما لغتان

على صحبتها الى الموت بخلاف ابتدائه لطلاقها ثلاثا فانه موحشها وخلعه لانها راغبة فيه لما كان سؤالها قلنا فى محل النزاع نص وهو ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره السروجى حديثا واحدا وعزاه للنسائى هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب والله أعلم به ويجوز كونه فى بعض كتبه وأما جعله حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث أبى داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا فى عدتى من وفاة أبى سلمة لا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب قلت فبأى شئ أمتشط يارسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك فمع الطعن فى اسناده لا يفيد المقصود فانه فى معتدة عن وفاة ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم ان ماعينه الشافعى مناسب معتبر فى محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل فى المحل أيضا اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح التى هى من أسباب النجاة فى المعاد والدنيا فانه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهى ممنوعة عن النكاح شرعا فى هذه المدة فتمنع دواعيه دفعا لما يدافع عن أداء الواجب وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضا عند قوله وفيه وجهان الى آخره لكن ظاهره انه ذكر على أنه علة أخرى والتحقيق انه حكمة لان المنضبط فوات ماقلناه بخلاف ماهو دواعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجد فى محل ثبت معه ذلك الحكم فى المبتوتة ان فقد التأسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ماذكر من اظهار التأسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تأسوا على مافاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فلا يكون الاحداد فى المتوفى عنها منوطا به لزم كون وجوبه تبعا للعدة بالنص أو معلولا بالآخر فقط لكن منع بأن المراد بقوله تعالى لكيلا تأسوا الآية الأسى مع الصياح والفرح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا (قوله والحداد ويقال الاحداد) فمن الاول يقال حدت المرأة تحد من باب نصر ومن باب ضرب أيضا حدادا فهى حاد ومن الثانى يقال أحدت

(قوله ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها) أقول فيقتضى أن يجب الحداد على المطلقة الرجعية فى العدة والجواب ان كونها معتدة متردد غير متبين مادامت فى المدة فاذا انقضت ولم يراجعها ظهر ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده والمعتدة كما تقدم فلم تكن معتدة على الكمال (قوله ويجوز أن يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة) أقول فيه بحث (قوله ومناط حكمه اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الخ) أقول ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الا على زوجها يدل على انه لفوات الزوج فليتأمل

(أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفى الجامع الصغير الا من وجع) والمعنى فيه وجهان أحدهما ماذكرناه من اظهار التأسف والثانى ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها وهى ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كى لا تصير ذريعة الى الوقوع فى المحرم وقد صح أن النبى عليه السلام لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به (ولا تختضب بالحناء) لما روينا (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران) لانه يفوح منه رائحة الطيب

تحد احدادا فهى محد (قوله ان تترك الطيب) ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه (قوله وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم) تقدم (قوله والدهن لا يعرى عن نوع طيب) إما فى ذاته أو فى المدهن به لما فيه من طيب نفسه به و زينته وقد وقع للزيلعى مخرج الاحاديث هنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف انه صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال والدهن فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال وأما الدهن فقريب وهو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فألحقه الحاقا (قوله قال الا من عذر) لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى انها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا مؤكدا عن الكحل التى اشتكت عينها والجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها وكذا قال المصنف فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء فى حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها ان زوجها توفى وكانت تشتكى عينها فتكتحل بكحل الجلاء فأرسلت مولاة لها الى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه الا من أمر لابد منه يشتد عليك فتكتحلى بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على صبرا فقال ماهذا يا أم سلمة فقلت انما هى صبر يارسول الله فقال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب الحديث رواه أحمد وغيره لكن أمها مجهولة وتمتشط باسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره فى المبسوط وأطلقه الائمة الثلاثة وقد ورد فى الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهى ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة ثم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل وأجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا فى غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعى الا لضرورة لحصول الزينة به وأجازه الامامان والظاهرية (قوله لعذر) كالحكة والقمل والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلى والمعنى المعقول من النص فى منع المصبوغ ينفيه وقد صرح بمنع الحلى فى الحديث على ماسنذكره ولم يستثن من المصبوغ فى الحديث السابق الا العصب فشمل منع الاسود (قوله لانه يفوح الخ) يفيد انه اذا كان خلقا لا رائحة له يجوز وفى الكافى قال اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغى تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره إما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها ان كان لها وروى مالك وأبو داود والنسائى عن أم سلمة قالت قال النبى صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل هذا لفظ أبى داود والمشق المغرة ولا تلبس العصب عندنا وأجاز الشافعى رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون غليظه واختلف الحنابلة فيه وفى تفسيره فى الصحاح العصب ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك وفى المغنى

وقوله (والمعنى فيه) أى فى ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان أحدهما ماذكرناه من اظهار التأسف والثانى ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها لان المرأة ان كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها (وهى ممنوعة عن النكاح) مادامت فى عدة الوفاة أو الطلاق (فتجتنبها كى لا تصير ذريعة) أى وسيلة (الى الوقوع فى المحرم) وهو النكاح (وقد صح ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال) روى عن أم سلمة رضى الله عنها أنها قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوج ابنتى توفى وقد اشتكت عينها أفنكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا وقوله (والمراد الدواء) يعنى ينبغى أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الحناء طيب

(قوله روى عن أم سلمة رضى الله عنها الى قوله فقال صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا) أقول فان قيل مقتضى الحديث أن لا يجوز بعذر كما هو مذهب الظاهرية لا يجوزون الاكتحال ولو من وجع للحديث قلنا الجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها قال الكمال الدميرى فى شرح منهاج النووى زاد عبد الحق فيه انها قالت يارسول الله انى أخشى أن تنفقأ عينها قال وان انفقأت اه فهذا يدل على ماذهب اليه الظاهرية الا أن يقال بعدم صحته وفيه تأمل

قال (ولا حداد على كافرة) هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها فى هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم أما الكافرة وهى الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه أشار الى ذلك قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر وأما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة فى أثنائها استطرادا وهو ظاهر وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاصل هو الاباحة فى الزينة لاسيما فى النساء

قال (ولا حداد على كافرة) لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا على صغيرة) لان الخطاب موضوع عنها (وعلى الامة الاحداد) لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال (وليس فى عدة أم الولد ولا فى عدة النكاح الفاسد احداد)

قال المصنف (ولا حداد على كافرة) أقول قال ابن الهمام ولا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة خلافا للشافعى ومالك رحمهما الله لانه يجب بموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه ولا يخاطب هؤلاء به ولهذا شرط الايمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كما تعم العدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضى المدة كما أسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولى الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفى بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسى محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلوا كتحلن أولبسن المزعفر أو اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به نعم قد يثبت على الكافرة فى العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان فى العدة بهذا المعنى جهتين اهـ فى قوله فلا بد فيه من خطاب التكليف بحث لانه لم لا يجوز أن يكون للاولياء

المعنى الصحيح انه نبت يصبغ به الثياب وفسرت فى الحديث بأنها ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة وجعله الظاهرية كالاحمر والاخضر (قوله ولا حداد على كافرة) لا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة خلافا للشافعى ومالك لانه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند موت الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ولذا شرط الايمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كما تعم العدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضى المدة على ما أسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولى الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفى بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسى محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلوا كتحلن أولبسن المزعفر أو اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة فى العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان فى العدة بهذا المعنى جهتين (قوله وعلى الامة الحداد) يعنى اذا كانت منكوحة فى الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لانها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس فى الاحداد فوات حقه فى الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فانه لو لزمها فى العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج فى عدتها كى لا يفوت حقه فى استخدامها وحق العبد مقدم على حق الشرع باذنه لفناه قال تعالى الا ما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة فالجواب انها لم تفت لقيام الحل والكفاية غاية الامر انه ثبت على وجه أحط من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة فى العقد بخلاف الملك ولا أثر لهذا القدر من الاحطية فان نعمة النكاح ليس فواتها مؤثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات ما فيها من انها سبب لصونها وكفاية مؤنتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد وبهذا التقرير يندفع اشكال انه لا ينوب الادنى وهو هذا الحل عن الاعلى والتفصى عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة الا أنه لم يظهر لكونها حلالا حتى لو أعتقها ظهر فانه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها انه وجوب لا فائدة فيه لان لها الزينة والتطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة (قوله وليس فى عدة أم الولد من وفاة سيدها أو اعتاقها احداد) وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا

قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده فان قيل قد ذكر المصنف ان وجوب الحداد لاظهار التأسف وكون هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها فان فات الاول فى أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثانى موجود فيهما لانهما ممنوعان عن النكاح حال قيام عدتهما وكان ينبغى أن يجب الحداد عليهما للوجه الثانى أجيب بان الوجه الثانى حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة وأرى ان قوله والاباحة الاصلية اشارة الى الجواب عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما أحد الوجهين عارضت الاباحة الاصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة (ولا ينبغى أن تخطب المعتدة) لقوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله (ولا بأس بالتعريض فى الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى أن قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض أن تذكر شيأ تدل به على شئ آخر وقد فسره ابن عباس فى الخطبة على ماذكره فى الكتاب ومعنى قوله أكننتم فى أنفسكم أى سترتم فى قلوبكم فلم تذكروه بألسنتكم لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أى وطأ لانه مما يسر إلا أن تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن أى لا تواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة كذا فى الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره فى الكتاب (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل) الذى كانت فيه وقت المفارقة إلا إذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه أو يغار فيه على نفسها أو مالها أو أخرجها أهل المنزل بان كانت تسكن بكراء وكان زوجها غائبا أو لا تقدر على الاجرة (والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت فى غير منزلها

لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة أصل (ولا ينبغى أن تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض فى الخطبة) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضى الله عنهما التعريض أن يقول انى أريد أن أتزوج وعن سعيد بن جبير رضى الله عنه فى القول المعروف إنى فيك لراغب وانى أريد أن نجتمع (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت فى غير منزلها)

لانهن ما فاتهن نعمة النكاح (والاصل الاباحة) أى اباحة الزينة وهذا لان بالاعتاق يزول الرق الذى هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الاسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر وأورد عليه انه فوات علة معينة وقدم المصنف للاحداد علة أخرى وهو كون هذه الاشياء دواعى الرغبة وكل منهما يستقل وهذه موجودة هنا فينبغى أن يجب الحداد وأجيب بأن كونهما ممنوعتين عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علته بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معها وجودا وعدما كذا قيل وهو بالضعيف جدير وفى النهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف فى مسئلة الاستبراء (قوله ولا بأس بالتعريض فى الخطبة) أراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز فى المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولافضائه الى عداوة المطلق والتعريض أن يذكر شيأ يدل به على شئ لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرج البخارى عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم به يقول انى أريد أن أتزوج أو وددت أن يتيسر لى امرأة صالحة وقال القاسم يقول انك على كريمة وانى فيك لراغب وإن الله لسائق اليك خيرا أو نحو هذا وأخرج البيهقى عن سعيد بن جبير الا أن تقولوا قولا معروفا قال يقول انى فيك لراغب وانى لارجو أن نجتمع وليس فى هذا تصريح بالتزوج والنكاح ونحوه انك لجميلة أو صالحة ولا يصرح بنكاحها فلا يقول انى أريد أن أنكحك أو أتزوجك وسبك الآية ولا جناح عليكم فيما عرضتم به أى فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن أو أكننتم أى أضمرتم فى أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أى نكاحا فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سرا لانه سبب السر الذى هو الوطء فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور فى الكتاب غريب الا أن تقولوا قولا معروفا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا فى السر والاستدراك يتعلق بالمحذوف الذى أبرزنا صورته وهو فاذكروهن والله أعلم (قوله وبعض الليل) يخصه من التعليل قوله وقد تمتد الى أن يهجم الليل وقد روى عن محمد المتوفى عنها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل قال الحلوانى هذه الرواية صحيحة لان المحرم عليها البيتوتة فى غير منزلها والبيتوتة هى الكينونة فى جميع الليل نقله فى الكافى وقد مر قبله ما ينفى اختيار صحتها

اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها (وعلى المعتدة ان تعتد فى المنزل الذى يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت) لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذى تسكنه ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتى قتل زوجها

وهو قوله لان نفقتها عليها وعسى لا تجد من يكفيها مؤنتها فتحتاج الى الخروج لنفقتها غير ان أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالى فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليالى انتهى ويعرف من التعليل أيضا انها اذا كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها أن تخرج لزيارة ونحوها ليلا ولا نهارا والحاصل أن مدار الحل كون غيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها (قوله أما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية) اشتملت على نهى الازواج عن اخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن أو لحاجتهم الى المساكن وعلى نهى المطلقات عن الخروج ونهيهن أبلغ لانه أوقع بلفظ الخبر الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قاله النخعى وبه أخذ أبو حنيفة وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وأن تكون بذية اللسان على احمائها وقول ابن مسعود أظهر من جهة وضع اللفظ لان الا أن غاية والشئ لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعى أبدع وأعذب فى الكلام كما يقال فى الخطابيات لا تزنى الا أن تكون فاسقا ولا تشتم أمك الا أن تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا يخرج اظهار عذوبته عن غرضنا (قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا) لانها قد تحتاج كالمتوفى عنها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هى التى ابطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار فى ابطال حق عليها وبه كان يفتى الصدر الشهيد وصححه فى جامع قاضيخان وهذا كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج وأما أن يحل لها الخروج فلا والحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع فان علم فى واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة ان لم تخرج أفتاها بالحل وان علم قدرتها أفتاها بالحرمة (قوله ولهذا) أى لان البيت المضاف اليها هو الذى تسكنه لو زارت أهلها والزوج معها أو لا فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها ذلك فتعتد (قوله وقال صلى الله عليه وسلم) تأييد للاستدلال بالكتاب بأن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب وهو ما أخرج أصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهى أخت أبى سعيد الخدرى انها جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فتسأله ان ترجع الى أهلها فى بنى خدرة وان زوجها خرج فى طلب أعبد له أبقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أرجع الى أهلى فان زوجى لم يترك لى مسكنا يملكه ولا نفقة فقالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت فى الحجرة أو فى المسجد نادانى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر بى فنوديت له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التى ذكرت له من شأن زوجى قال امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان أرسل الى فسألنى عن ذلك فأخبرته فاتبعه انتهى ورواه مالك فى الموطا وابن حبان فى صحيحه وأخرجه الحاكم عن إسحق بن سعيد بن كعب

أما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) واختلف فى تفسير الفاحشة فقيل هو نفس الخروج قاله إبراهيم النخعى وبه أخذ أبو حنيفة فيكون معناها إلا أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبى عليه السلام إلا كافر ولا يزنى أحد إلا أن يكون فاسقا (وقيل هى الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن) قاله ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف وقال ابن عباس هى نشوزها وان تكون بذية اللسان تبذو على أحماء زوجها وقوله (وأما المتوفى عنها زوجها) واضح وقوله (وقال صلى الله عليه وسلم للتى قتل زوجها) هى فريعة بنت مالك بن أبى سنان اخت أبى سعيد الخدرى لما قتل زوجها جاءت الى

رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت أن تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها

رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها أعيدي المسئلة فأعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب أجله يعني لا تخرجي

اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله (وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه (ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به) لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها (وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها في غير مصر فان كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت الى مصرها) لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وان كانت مسيرة ثلاثة أيام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن)

ابن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هذا حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن إسحق وهو أشهرهما وإسحق بن سعد بن كعب وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن اسحق وهو غير مشهور بالعدالة تدفعه ابن القطان بأن الحديث صحيح فان سعيد بن اسحق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقهما ولا يضر الثقة ان لا يروى عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به وأما ما روى الدارقطني انه صلى الله عليه وسلم أمر المتوفى عنها زوجها ان تعتد حيث شاءت فقال فيه لم يسنده غير أبي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز أيضا ضعيف وعطاء ابن السائب مختلط وأبو بكر بن مالك أضعفهم فلذلك أعله الدارقطني به وذكر الجمع أصوب لاحتمال أن تكون الجناية من غيره انتهى كلامه (قوله وصار كما اذا خافت على متاعها اللصوص الخ) أي فانها تخرج لانه عذر واذا خرجت الى منزل للعذر صار الثاني كالاول فلا تخرج منه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل إليه في عدة الطلاق إلى الزوج وفي عدة الوفاة اليها لانها مستبدة في أمر السكنى حتى ان أجرة المنزل ان كان بأجر عليها وعليها أن تسكن فيه الا أن لا تجد الكراء وتجد ما هو بلا كراء فلها أن تتحول إليه وكذا في الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة إلى صحن الدار التي فيها منازل الاجانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع إليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة عن الدار وتبيت في أي بيت شاءت منها (قوله ثم لا بد من سترة بينهما) يعني اذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد كي لا تقع الخلوة بالاجنبية وكذا هذا في الوفاة اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا بأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل وانما اكتفى به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم الا أن يكون فاسقا فحينئذ تخرج لانه عذر والاولى أن يخرج هو وكذا في كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج الاولى أن يخرج هو ولعل المراد انه أرجح فيجب الحكم به كما يقال اذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى ويراد ما قلنا وهذا لانهم عللوا أولوية خروجه بأن مكثها واجب لا مكثه ومتى انتقلت فتعيين المكان اليه كما ذكرنا آنفا (قوله واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة أو غيرها) المقصود اذا سافر بها فطلقها فاما رجعيا أو بائنا في

حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على أنه يجب عليها أن تعتد في منزل الزوج وعلى أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز فإنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وقوله (والاولى أن يخرج هو ويتركها) لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب أولى وقوله (وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج) يشير الى أن ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت لعذر فان التعيين اليها لاستبدادها في أمر السكنى وقوله (واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها) هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو

(قوله وعلى ان الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز الخ) أقول كان السرخسي خروجها لطلب المعاش والخروج للسؤال عما يهمها من أمر دينها غير ذلك فان المذهب ان الزوج يضرب المرأة على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتي لها وهو غير عالم فليتأمل ذكره ابن الهمام في آخر القسم (قوله ورعاية الواجب أولى) أقول بل رعاية الواجب واجب

اماأن يكون بينها و بين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها و بين مقصدها ثلاثة أيام أو دونها اماإذا كان ثلاثة أيام فظاهر لان المضى الى المقصد هايكون سفرا والرجوع لايكون واما اذا كان أقل منها فلانها كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر فى العدة تعين ذلك عليها وان كان الثانى فلا يخلو اما أن يكون بينها و بين المقصد أيضا ثلاثة أيام أو أقل فان كان ثلاثة أيام فهى بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولى أو لم يكن لان المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج لان وضع المسئلة فى الخروج الى مكة وغالب طرقها مفازة ومعطش فلا بد من الخروج قيل و ينبغى أن تختار أقرب الجانبين وهى فى هذه المسئلة كالتى أسلمت فى دار الحرب لها أن تهاجر من غير محرم لانها خائفة على نفسها ودينها فهذه فى المفازة كذلك وقال المصنف (الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج) وان كان أقل مضت الى مقصدها الانها اذا مضت لاتكون منشئة سفرا ولا سائرة فى العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف فى الكتاب هذا

الشق اعتمادا على أنه يفهم من الشق الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان أحدهما أقل تعين وقوله (الا أن يكون طلقها أو مات عنها فى مصر) استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعنى أن لها الخيار فى ذلك الا اذا كانت المفارقة فى مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف و محمد ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل أن تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا وقوله

معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة أيام أيضا لان المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج قال (الا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها فى مصر فانها لاتخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف و محمد ان كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد) لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة و وحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة أن تخرج الى مادون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففى العدة أولى

الرجعى تتبع زوجها حيث مضى لان النكاح قائم وان كان بائنا أو مات عنها وبينها و بين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر فان شاءت مضت الى المقصد وان شاءت رجعت سواء كانت فى مصر أو لا معها محرم أو لا لانه ليس فى ذلك انشاء سفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها مادون السفر مباح اذا مست الحاجة اليه بمحرم و بغيره الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج كذا فى الدراية واطلاق المصنف يقتضى انه اذا كان بينها و بين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها و بين مقصدها سفر أو دونه أما ان كان مدة سفر فظاهر لان المضى الى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما ان كان مادونها فترجع أيضا لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر فى العدة تعين عليها ذلك كذا فى النهاية وهو أوجه (قوله ومعناه اذا كان الى المقصد ثلاثة أيام) فصاعدا فاذا كان دونها الى المقصد لاتخير بل يتعين عليها الذهاب الى المقصد (قوله الا أن يكون) استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت أى فى جميع الاحوال الا فى حال يكون طلقها أو مات عنها فى مصر فانها لاتخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبى حنيفة سواء كان معها محرم أو لا وحاصل وجوه المسئلة اما أن يكون بينها و بين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتخير والاولى الرجوع على ما فى الكافى وعلى

(وهذا عذر) اشارة الى نكتة أخرى هى أن التربص على المعتدة فى منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره وأذى الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضى وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابى حنيفة ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره فى الكتاب وهو واضح

(قوله واذا مضت كانت مسافرة) أقول فى الاغلب والافيجوز أن لا يكون بين مصرها ومكة مدة السفر فالاولى أن يعلل بما يشمل تلك الصورة (قوله لان نفس الخروج مباح بالاتفاق) أقول فيما اذا كان فى مصر وكان بينها و بين مصرها أقل من مدة السفر الا أن الامام أبا حنيفة رحمه الله يقول هو بناء على الخروج الاول لانه انشاء للخروج وفيما نحن فيه تكون منشئة للسفر فتدبر (قوله وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة أخرى الخ) أقول يعنى سلمنا انه ليس بمباح لكنه يرخص لها بعذر فان قيل المباح فى كلام المصنف حينئذ بمعنى المرخص بعذر فلا فرق بين النكتتين لاتحادهما معنى قلنا لا نسلم انه بمعنى المرخص فانه اذا كان بينها و بين مصرها أقل من مدة السفر وكانت فى مصر يباح لها أن تخرج وترجع الى مصرها فيحمل الاولى ذلك فتأمل

لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر مايلزم من اعتداد أولات الاحمال وهو ثبوت النسب فى هذا الباب (ومن قال ان تزوجت فلانة فهى طالق فتزوجها فولدت لستة أشهر من يوم تزوجها) أى من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت يعنى من

غير زيادة ولا نقصان (فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله) أى قبل الطلاق

باب ثبوت النسب

قال المصنف (ومن قال ان تزوجت فلانة فهى طالق الخ) أقول وفى الوقاية من قال لها ان نكحتها فهى طالق فنكحها فولدت لنصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اه وقال العلامة صدر الشريعة فى تعليلها لانه لا يبعد ان الزوج والزوجة وكلا بالنكاح فالوكيلان انكحاها فى ليلة معينة والزوج وطئها فى تلك الليلة ووجد العلوق ولا يعلم ان النكاح مقدم على العلوق أو مؤخر فلابد من الحمل على المقارنة على ان الزوج ان علم انه لم يكن على هذه الصفة وانه لم يطأها فى تلك الليلة فهو قادر على اللعان فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الامكان اهـ وفيه بحث وكيف يقدر واللعان لايتم به ثم من شرائط اللعان قيام الزوجية وهى مطلقة عقب النكاح حققناه (قوله قرن بفعل غير ممتد) أقول يعنى التزوج (قوله فهو ابنه) أقول كان الظاهر فهو ولده ولعل ذكر الابن على سبيل التفاؤل

باب ثبوت النسب

(ومن قال ان تزوجت فلانة فهى طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة أشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر) اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله

ما فى النهاية وغيرها يتعين الرجوع أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه لانها باختيار مقابله منشئة سفرا دون اختياره فان كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون فى مفازة أو مصر فان كانت فى مفازة فان شاءت مضت وان شاءت رجعت بمحرم أولا لان ما يخاف عليها فى ذلك المكان أشد مما يخاف عليها فى الخروج والاولى أن تختار الرجوع لما قلنا وان كانت فى مصر لم تخرج بغير محرم لان ما يخاف فى السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها فى المصر فكان المكث فى المصر أولى بخلاف المفازة فان كان معها محرم لم تخرج عند أبى حنيفة فى العدة وقالا تخرج وهو قول أبى حنيفة أولا وقوله الآخر أظهرهما لهما انها فى غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت فى غير المصر وهذا لان أصل الخروج مطلق لها اجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد ومتى قلنا لها أن تخرج الى ما دون السفر بلا محرم فاذا بطل معنى السفر بالمحرم بقى مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة اذ الغريب يؤذى ويهان فأشبه المفازة وله ان تأثير العدة فى المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم فى المنع من السفر فالعدة أولى وما دون السفر انما أبيح مع قيام العدة باعتبار انه ليس بخروج لانه بناء على الخروج الاول لا لان أصل الخروج مباح وهى هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم واذا تناوله لم يسقط بالمحرم لانه لا يرتفع به حرمة الخروج بسبب العدة وفى البدائع لو كانت الجهتان مدة سفر فضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التى تصلح للاقامة أقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بلا خلاف وكذا ان وجدت عند أبى حنيفة ومثله فى المحيط وفيه البدوى طلق امرأته فأراد نقلها الى مكان آخر فى الكلا والماء فان لم تتضرر بتركها فى ذلك الموضع فى نفسها أو مالها ليس له ذلك وان تضررت فله ذلك اذ الضرورات تبيح المحظورات والله سبحانه أعلم

باب ثبوت النسب

أعقبه العدة لان مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الآخر فى الحال أى فى حال معرفة عدم الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة (قوله ومن قال ان تزوجت فلانة أو امرأة فهى طالق فتزوج فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها) لا أقل ولا أكثر (فهو ابنه وعليه المهر) يريد من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المصنف على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال فى اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فأفاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتأخر عنه لا بزمان وان لطف كما قيل لانه لا يتخلل بينهما آن خال بل أول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما

(فى حالة النكاح) فان قيل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب ألا ترى ان نسب ولد جاءت به امرأة الصبى لا يثبت لذلك أجاب بقوله والتصور ثابت بأن يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا فى غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم أجاب بقوله (والنسب يحتاط فى اثباته) يعنى وان كان نادرا لكن النسب يحتاط فى اثباته فيجب بناؤه على هذا

النادر هذا إذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لا كثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن بطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد فى البطن وقت الطلاق وبعد ذلك اما أن يكون منه أو من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى

فى حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط فى اثباته وأما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به

حققناه فى الطلاق لانه ثبوت حكمى واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها وطأ وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والاحسن تجويز أنهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهى فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية أثر النكاح أعنى العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما عن الكرخى وهو يخالف تفسيرهم السابق له فى فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها إذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول فى الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضيخان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعنى ان زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله أثره لا يتأتى مقتضاه ان تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر وقد عينوا الثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل لانا نقول انما لم يثبت فى الاقل لان العلوق حينئذ من زوج آخر قبل النكاح وأما فى الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطأ بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى ان نفى النسب فيما اذا جاءت به لا كثر من ستة أشهر فى مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ولا موجب للصرف عنه ينافى الاحتياط فى اثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة أشهر ويوم فى غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل أكثر منها وربما تمضى دهور ولم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأى احتياط فى اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضى نفيه وترك ما ظاهره يقتضى ثبوته وليت شعرى أى الاحتمالين أبعد الاحتمال الذى فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد أو احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره ولاستبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما فى تزوج المشرقى بمغربية والحق أن التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبى بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت فى المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنى وأما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطئا حكما فعليه المهر وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لان الحبل قد يكون بادخال

أبعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكره فى الكتاب وهو واضح وفى رواية عن أبى يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر أما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول

(قوله وبدون ذلك لا يثبت النسب) أقول أشار بقوله ذلك الى الوطء (قوله وأما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب الى قوله ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم الخ) أقول وأنت خبير بان تعيين وقت الطلاق وتمييزه من وقت النكاح سيما بعد شهور وليس بينهما تخلل زمان يمتد به عسر على حذاق الموقتين بل يتعذر فليتدبر (قوله والطلاق الواقع من حيث الظاهر الخ) أقول فانه كان مبنيا على النكاح فاذا بطل بطل

وقوله (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية) ظاهر وقوله (ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك) قيل عليه ينبغي أن يصير مراجعا لان الوطء ههنا حلال فأحيل العلوق الى أقرب الاوقات وهي حالة العدة فتثبت به المراجعة وأجيب بان في ذلك حمل أمره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا لها بدون الاشهاد بالفعل وأحيل العلوق الى ماقبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب أن يقول لا يصير مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق وقوله (لان العلوق بعد الطلاق) اذ الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين والظاهر انه منه والا لزم الزنا وهو منتف حملا لحالها على الصلاح قيل لا يلزم أنه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر لا يقال الفرض فيما اذا لم تتزوج لانا نقول الفرض انه لم يطأها في العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف وأجيب بانه نعم كذلك الا أن الحكم ببقاء نكاح الاول عند الاحتمال أسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به قال في النهاية والى هذا أشار فخر الاسلام في مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع بل هو التزام للسؤال والصواب في الجواب أن المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم تضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال لانا اذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقي الولد ضائعا فكأنه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما هو في معناه

(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقر بانقضاء عدتها) لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر (وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة) وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة فلا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة) لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا

الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس وهو رواية أبي يوسف مهر ونصف أما النصف فالطلاق قبل الدخول وأما المهر فالدخول انتهى وعبارة أبي يوسف في الامالي على مانقله الفقيه أبو الليث ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا أن أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة للتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهرة في نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك وانما اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة بل يحكم بأنه مقارن له أو للنكاح فأقل الامر كونه قبله أولا فاشتبه ذلك وضمير به في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب واعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا بماذكر من تزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ماذكر مطلقا ومنسوبا وقدمناه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال ما يطؤها عليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا أكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكلا لمخالفته لصريح المذهب وأيضا الفعل واحد وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف مالو قال ان تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطء أما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح أبي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي أن لا يجب عليهما الحد ويجب مهر المثل وقالوا يجب عليهما قال قد كنت أفتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب أصحابنا ومن مال اليه لم يكن مخطئا ولو جاءت بولد ورثه منصوص عن أصحابنا وان حرمت عليه بالثلاث فلم يبق بنكاح ولا عدة ولكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب (قوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين أو أكثر) ولو عشرين سنة أو أكثر (مالم تقر بانقضاء عدتها) فان أقرت بانقضائها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول أبي حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن

(قوله وفيه نظر لانه لا يصح الخ) أقول الظاهر ان حاصل كلام المجيب دفع التعارض بين مقتضى الاحالة الى أقرب الاوقات وأبعدها فأورث التردد والشك فان الاشهاد في المراجعة مستحب لئلا يقع التناكر وليس من السنن التي يستحق تاركها حرمان الشفاعة فلا يتعين به الاحالة الى الابعد فليتأمل (قوله لانا نقول الفرض انه لم يطأها في العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة الخ) أقول الازدواج لا يكون الا بشهود فيكون أمرا معلوما مشهورا بخلاف الوطء لانه يخفى ويستر فلا يعلم الا بدليله فليتأمل (قوله وفيه نظر الى قوله بل هو التزام للسؤال) أقول لان تمام الدليل احتاج الى مقدمة أجنبية

(والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لأقل من سنتين) لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا (فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام قال (الا ان يدعيه) لانه التزمه وله وجه بأن وطئها بشبهة فى العدة

بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا فى المطلقة البائنة والمتوفى عنها زوجها اذا ادعت بعد أربعة أشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها ثبت نسبه منه أما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر وأما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما فلاحتمال العلوق فى عدة الرجعى لانتفاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر بان امتد الى ماقبل سنتين من مجيئها به أو أقل ثم وطئها فحبلت وعن هذا حكمنا بأنها اذا جاءت به لاكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء فى العدة للمطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لاتثبت رجعتها فان العلوق يحتمل انه كان فى العصمة كما يحتمل انه كان فى العدة واحالة الحادث الى أقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر آخر والظاهر الوطء فى العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وماقضت به العادة أرجح من اضافة الحادث الى الزمن القريب مع مافيه من مخالفة السنة فى الرجعة ومخالفة العادة أيضا فيها اذ معتاد الناس فى الرجعة أن يراجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو كونها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الفرض انها لم تكن أقرت بانقضاء العدة ومالم تقر بذلك ومالم يظهر تزوجها فالظاهر انها فى العدة ولان فيه انشاء نكاح وابقاء الاول أسهل وأخف (قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين) لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب (وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة ووطؤه بعد البينونة حرام قيل ان هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوى والاقطع والرواية التى تجىء بعد هذا فى الكتاب أيضا وهى قوله وأكثر مدة الحمل سنتان فان فيها ألحقت السنتان بأقل من السنتين حتى انهم أثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة ثلاث الروايات فأما قوله ان لفظ الحديث الى آخره فليس بصحيح لان حاصله انه لايمكث الولد فى البطن أكثر من سنتين وهذا لايقتضى انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق أن يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه أن يحمل على تقرير قاضيخان المتقدم من انه يجعل العلوق فى حال الطلاق لانه حينئذ قبل زوال الفراش (قوله الا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق أى لم يثبت فى حال من الاحوال الا فى الحال التى هى دعوله لانه التزمه وله وجه وهو كونه وطئها بشبهة فى العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لايشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولهذا لم يذكر الاشتراط فى رواية الامام السرخسى فى المبسوط والبيهقى فى الشامل وذلك ظاهر فى ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما فى كتاب الحدود من ان النسب لايثبت من المبانة بالوطء فى العدة ونص فى التبيين ان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لايثبت النسب وان ادعاه نص عليه فى كتاب الحدود وأجيب بحمل المذكور هنالك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشئ لان المراد من المذكور هنالك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطأ بشبهة والمعتدة عن ثلاث لاتكون أبعد من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بان يقال ينبغى أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور فى الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطئ المطلقة ثلاثا والبائنة بالطلاق على مال فجعل هذا

قال (والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه) اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والا لزاد أكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل (فلا يكون منه لان وطأها حرام) وقوله (الا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت يعنى انه ان ادعاه يثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله (لانه التزمه) أى التزم النسب عند دعواه (وله وجه شرعى بان وطئها بشبهة فى العدة) والنسب يحتاط فى اثباته فيثبت

قال المصنف (لان وطأها حرام) أقول والظاهر من حال المسلم أن لايرتكب الحرام

(فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه يثبت منه النسب الى سنتين لانها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة) وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حاملت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر واذا كان كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها (٣٠٤) الى سنتين وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصارت كأنها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب (ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر) لانا عرفناها صغيرة بيقين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال (فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء) أقرت به أو لم تقر (وهو) أي حكم الشرع (في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله) فلو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة أشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي مضي أربعة أشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهرا ثم هنالك يثبت النسب الى سنتين عند علمائنا الثلاثة ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر هنالك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك والجواب سيأتي عند قوله الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى

(فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين) لانها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله

حكم وطء المطلقة ثلاثا اذا جاءت به مطلقا فيثبت عنده فيجب أن لا ينتقل عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل أفاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير أن توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد وهو رواية بشر عن أبي يوسف فيجب أن ترد نفقته بستة أشهر وقال أبو يوسف لا تنقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شيء لهما ان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة وأقل مدة الحمل ستة أشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وحينئذ أخذت ما لا تستحقه لانها منقضية العدة فترده وأبو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فكأنها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر من سنتين ثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف اعتباره بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنه أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لاقل والباقي لاكثر ذكره محمد وفي شرح التكملة تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة أشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لانه ولد النكاح في الاول وفي الثاني يضاف الى ملك اليمين لان وطأها حلال ولا يلزمه الا بالدعوة ولا فرق بين أن تكون الطلقة بائنة أو رجعية وان طلقها اثنتين ثبت نسبه الى سنتين لان وطأها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وان لا يتصور وطؤها بملك اليمين واعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بأحد أمور وأن يكون هنالك اما شهادة بالولادة أو اعتراف من الزوج بالحبل أو حبل ظاهر كما سيجيء عن قريب (**قوله** فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ) قيل هو مستدرك لان الحبل دليل انه يجامع مثلها ومنعه ليس بشيء لانه ان كان باعتبار ان الحبل يكون بلا جماع فلا شك

قال المصنف (فان كانت المبتوتة صغيرة) أقول وفي البت لاقل منهما والا لا لحدوثه الا بادعائه حملا على انه وطئه في العدة الا في المطلقة ثلاثا والمختلعة اذ لا شبهة في المحل كذا في لطائف الاشارات لابن قاضي سماونة تأمل في هذه العبارة فانها غير ما ذكره المصنف (قوله وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا أقرت الخ) أقول فيه شيء بل الظاهر أن يقول انما قال ولم تقر لانها لو أقرت بانقضاء العدة بالاشهر ثم جاءت بولد لتسعة أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق قال المصنف (ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة) أقول بخلاف الكبيرة فان لانقضاء عدتها جهة أخرى كما يجيء

وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا فى آخر العدة وهى الثلاثة الاشهر ثم تأتى به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها وفى الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها (و يثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة و بين السنتين) وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا أقرت بالانقضاء كما بينا فى الصغيرة الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه) لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار (وان جاءت به لستة أشهر لم يثبت) لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده

انه لا يكون الا بالبلوغ و بعيد أن لا تحتمل البالغة الجماع وحاصل المسئلة ان الصغيرة اذا طلقت فاما قبل الدخول أو بعده فان كان قبله فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يثبت لان الفرض أن لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق لتلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما ان أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر فان أقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها المتيقن بكذبها وان لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند أبى حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا وعند أبى يوسف يثبت الى سنتين فى الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى لاحتمال انه وطئها فى آخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت سنتين وان كانت ادعت حبلا فهى كالكبيرة من حيث انها لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها فى الطلاق الرجعى لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها و وطئه إياها فى آخر الطهر وجه قول أبى يوسف انها يحتمل كونها حاملا لفرض انها فى سن يجوز فيه بلوغها الا انه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فأشبهت الكبيرة فى احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتى به الى سنتين واعلم ان قياس ما قدمه فى الكبيرة المبتوتة من انها اذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت أن يقول الى أقل من سنتين هنا وجه قولهما وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة فى الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو فى الدلالة فوق اقرارها بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها فغاية الامر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها ولو أقرت بالانقضاء بعد الاشهر الثلاثة ثم جاءت به لاكثر من ستة أشهر أو لستة أشهر لا يثبت فكذلك هنا فلزم أن لا يثبت حتى تأتى به لاقل من تسعة أشهر أما اذا كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها كالكبيرة لان باقرارها بالحبل حكم ببلوغها (قوله و يثبت نسب ولد المتوفى عنها ما بين وفاة زوجها و بين سنتين وقال زفر إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه) ولستة أشهر لا يثبت فوجهه كوجههما فى الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هى انقضاء أربعة أشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما إذا جاءت به لاقل على ما عرف ونمنع تعين الجهة الواحدة فى حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل فتستمر ما لم تعترف بالحبل (قوله و إذا اعترفت) ظاهر وتقدمت غير مرة

(وان كانت) الصغيرة (مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد يعنى ان ولدت لاقل من تسعة أشهر ثبت النسب والا فلا (وعند أبى يوسف يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا فى آخر العدة وهى ثلاثة أشهر ثم تأتى به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها وفى الكبيرة سواء) لانها أعرف بأمر عدتها فيحكم باقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين فى الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى وقوله (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها) ظاهر وقوله (الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى) حاصله ان فى كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الاصل ولكن الاصل فى الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذى بنى عليه أيضا وذلك لان الاصل فى الكبيرة الاحبال فلم يعتبر فى حقها تعين جهة العدة بالاشهر والاصل فى الصغيرة عدم الاحبال فلذلك اعتبرنا فى حقها تعين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل فى الكبيرة أيضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك فى حق غير المنكوحة فأما النكاح فلا يعقد الا للاحبال وقوله (وفيه) أى فى البلوغ (شك) والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد) ظاهر

وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتـدة (واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسـبه عند أبى حنيفة الا أن يشهد بولادتها رجـلان أو رجـل وامرأتان الا أن يكون هناك حبل ظاهر او اعـتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غـير شهادة وقال أبو يوسـف ومحمـد يثبت فى الجميع بشهادة امرأة واحدة) لان الفراش قائم بقيام العـدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد انه منها فيتعـين بشهادتها كما فى حال قيام النكاح

وانما لم يثبت اذا أتت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الاقرار وان كانت المدة تحتمل كون الحمـل من الزوج لانهن أمينات شرعا فى إخبارهن عن عدتهن فاذا أخـبرن لزم الى أن يتحقق الخـلاف قطعا وقوله وهذا اللفظ يتناول باطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل فى المعتدة عن طلاق و وفاة ومما يشمل أيضا الآيسـة اذا ولدت بعد الرجعى أو البائن فهى كذوات الاقراء يثبت نسب ما تأتى به الى أقـل من سنتين فى البائن وأكثر منها فى الرجعى مالم تقر بانقضاء العـدة فان أقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة أشهر أو مطلقا فى مدة تصلح لثـلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من سـتة أشهر من وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا لان مطلق اقرارها يحـمل على الاقراء لما بطل اليأس هذا والمنصوص علـيـه فى فتاوى قاضيخان ان الآيسة تعتـد بالاشهر واذا ولدت يثبت نسب ولدها فى الطلاق الى سنتين سواء أقرت بانقضاء العـدة أو لم تقر وكذا نقل عن المرغينانى (قوله واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبى حنيفـة الا أن يشهد بولادتها رجـلان أو رجل وامرأتان) أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة واطلاق المصـنف يشمل المعتـدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعى فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الاسلام بجريان الخلاف فى الرجعى وشمس الائمة قيد صورة المسـئلة بأن يكون الطلاق بائنا فقال لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقا بائنا ثم جاءت بولد بعد الطـلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمـه النسب فى قول أبى حنيفة مالم يشهد به رجـلان أو رجل وامرأتان ونحوه فعـل صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لاتقبل الا عؤيد الى قوله حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة فى الولادة وفى الطلاق البـائن اذا كذبها الزوج الى آخر ما ذكره واتفقوا على قيد انكار الزوج وكذا لو وقع انكار الولادة والحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة و يرث بذلك و يشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لانها موجبة حقا على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله فى جميـع ذلك أى فيما اذا كان حبـل ظاهر أولا أو اعـتراف من الزوج أولا وهل يقبـل شهادة رجل واحـد عندهما قيـل نعم ولا يفسق كما لو شهد رجـلان أو رجل وامرأتان وفى جامع قاضيخان وعلى هـذا الخلاف كل ما لم يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على انه يقضى بالنسب بشهادة الواحـدة عند قيام النكاح وحقيقـة الحال انه يثبت تعـيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش واذا تقرر أن النكاح بعد الرجعى قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبـائن كما نقله شمس الائمة و يكون الرجعى كالعصمة القائـمة حتى حـل الوطء ودواعيـه والخلاف انما هو بعـد الموت و بالطلاق البائن و بقولهما قال أحمد وعنـد الشافعى يشترط أربع نسوة عدول وعنـد مالك وابن أبى ليلى امرأتان وجه قولهما ان الفراش قائم بقيام العدة (وهو) أى الفراش (ملزم للنسب) فيما تأتى به كما قبل الطلاق (والحاجة الى) شهادة المرأة لـ(تعيين الولد) فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق اقتصر المصنف على هذا

وقوله (وهذا اللفظ) اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة (باطلاقه) حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى (يتناول كل معتدة) يعنى كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن بالاشهر أو بالحيض قيل ذكر المرغينانى وقاضيخان أن الآيسة لو أقرت بانقضاء عـدتها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين ثبت نسـب ولدها فلم يتناول كل معتدة الا أن يؤول كل معتدة غير الآيسة وهـذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغـيره فى شروح الجـامع الصغير ان الآيسـة اذا أقـرت بانقضاء العـدة مفسرة بثـلاثة أشهر أو مطلقـا فى مدة تصـلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لاقل من سـتة أشهر من وقت الاقـرار يثبت النسب والا فـلا قال (واذا ولدت المعتـدة ولدا) اذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعى ولدا وقـد أنكره الزوج لم يثبت نسـبه عند أبى حنيفة مالم يشهد بولادتها رجـلان أو رجـل وامرأتان الا أن يكون هناك حبل ظاهـر أو اعـتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شـهادة وقالا يثبت فى جمـيع ذلك بشهادة امرأة واحدة لان الفراش وهو تعين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة (وهو) أى قيام الفراش (ملزم للنسب) فلا حاجة الى اثباته (و) انما (الحاجة الى تعيين الولد) وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما فى حال قيام النكاح أو بظهور الحبل أو اقرار الزوج هذا

(قوله واذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعى ولدا وقد أنـكره الزوج لم يثبت نسبه الخ) أقول وكذا معتدة الوفاة ثم ان انـكار الورثة كانـكار الزوج

ولابى حنيفة القول بالموجب يعنى سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة (لانها تنقضى باقرارها بوضع الحمل والمنقضى لايصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف مااذا كان النكاح قائما أو الحبل ظاهرا أو الاعتراف به من الزوج صادرا (لان النسب اذذاك ثابت قبل الولادة) فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك (يثبت بشهادتها) قيل لايحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال وأجيب بان النظر لايلزم بل اذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز أداء الشهادة واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين أو رجل وامرأتين منهم (فهو ابنه فى قولهم جميعا) وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم (أما فى حق النسب) بالنسبة الى غيرهم (فهل يثبت أولا قالوا اذا كانوا من أهل الشهادة) كما ذكرنا وهم عدول (يثبت لقيام الحجة) ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لايشترط لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم لاقرارهم ومايثبت تبعا لايراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندى مع السلطان فى حق الاقامة

ولابى حنيفة ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل والمنقضى ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف مااذا كان ظاهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعين يثبت بشهادتها (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة فى الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه فى قولهم جميعا) وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما فى حق النسب هل يثبت فى حق غيرهم قالوا اذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لاتشترط لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم باقرارهم ومايثبت تبعا لايراعى فيه الشرائط

هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش (وله ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل) فصارت أجنبية والفراش المنقضى ليس بحجة ليصلح مؤيدا للحجة الضعيفة أعنى شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة الى اثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشيتها المستلزمة لثبوت النسب لكونها فى وقت يلزم منه ثبوت النسب شرعا بخلاف مااذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لان النسب ثابت قبل الولادة لما فى البطن وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا وكذا قيام الفراش يؤيد شهادة القابلة به وقولهما لايطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما اذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون انها ولدته وفيما اذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا وبهذا يندفع ماقد أورد من ان شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل والحاصل ان حقيقة محل الخلاف ان شهادة المرأة الواحدة فيما لايطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفى للاثبات أو لابد أن تتأيد بمؤيد فالوجه أن يجعل الاستدلال عليه ولهما فيه قوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه فانه يتناول الواحدة لانه جنس وأما الوجه الذى ذكراه فتمامه بالغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفعه بأنه لايلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه اطلاق الحديث والمعروف منه مارواه ابن أبى شيبة عن الزهرى مرسلا مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لانه مرسل وانما قلنا انه مرسل لان قول الراوى مضت السنة انما يكون حكمه الرفع اذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطنى عن محمد بن عبد الملك الواسطى عن الاعمش عن أبى وائل عن حذيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وان كان بين ابن عبد الملك والاعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائنى فقد تظافرا وقوى ماهو حجة به ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت فى قولهم جميعا وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه أما فى حق ثبوت النسب من الميت ليظهر فى حق الناس كافة قالوا اذا كانوا أى الورثة من أهل الشهادة بان يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين ويطالب غريم الميت بدينه وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة أى فى مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لايشترط هو الصحيح لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم ولا يراعى للتبع شرائطه اذا ثبت اصالة وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة

(قوله لان النسب اذذاك ثابت) أقول هذا قاصر والاولى أن يضم الى هذا قولنا أو الفراش قائم ليعم صورة قيام النكاح (قوله أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم الخ) أقول الظاهر أن لايقيد الورثة هنا بهذا القيد فانه اذا كان المصدق رجلا واحدا أو امرأة واحدة ثبت نسبه فى حق الارث وموضع التقييد يجى فى كلام المصنف قال المصنف (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة) أقول أى أقر بها ولم يشهد لذلك قول المصنف باقرارهم قال المصنف (فهو ابنه الخ) أقول الظاهر انه ولده

(قوله واذاتزوج الرجل امرأة)ظاهر (قوله واللعان انمايجب بالقذف) جواب عمايقال اللعان ههنا انمايجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتابشهادة القابلة وهو لايجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لايثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى والقذف لايستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما أضيف اللعان الى القذف مجردا عنه (فان ولدت) المرأة (ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة أشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهدلها فانها تلد ظاهرا من نكاح لامن سفاح) واعترض بوجهين أحدهما ان المرأة تسند العلوق الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله والثاني أن الظاهر شاهدله أيضا لان النكاح حادث والاصل في الحوادث أن تضاف الى أقرب الاوقات وأجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تنكر فيكون القول قولها وعن الثاني بأن النسب ممايحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على أن ظاهر حالها تأيد بظاهر حاله من حيث انه لايباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي أن لاتحرم فان قيل يجب أن تحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود أجيب بالفرق بينهما من وجهين أحدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لامحالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز أن يكون الحمل من الزنا والثاني أنه وان أقر بالحرمة الا أن الشرع كذبه في ذلك حيث أثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل

(واذاتزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه (وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أوسكت) لان الفراش قائم والمدة تامة (فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لونفاه الزوج يلاعن) لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انمايجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه (فان ولدت ثم اختلفا فقال

لايثبت النسب الافي حق المقرين منهم والله أعلم (قوله واذاتزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح وان جاءت به لاكثر منها ثبت ولا اشكال سواء اعترف به الزوج أوسكت وكذا اذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال انه تزوجها واطئا لها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته وهذا من المصنف خلاف ماتقدم في المبتوتة حيث نفى نسب ماأتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بماقدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الانزال الطلاق وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لاهنالك لحمل أمرها على الصلاح اذلولم يثبت هنا لزم كونه من زنا أومن زوج فتزوجت وهي في العدة وأما عدم الثبوت هنالك للشك فلا يستلزم نسبة فساد اليها لجواز كون عدتها انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هنالك وليس بجواب أصلا لان معنى السؤال وجد المقتضي وهو الامكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما يثبت هنا وأنت علمت أن الوجه ان ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي وهو الامكان مع الاحتياط (قوله فان جحد الولادة) يعني فيما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا أما عندهما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لونفاه بعد شهادتها لاعن ولايكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لايثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لايجب اللعان هنا وأيضا يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت بها النسب وأثبت بها اللعان بل اللعان انما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لابنفي الولد من حيث هو نفيه فانه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه وان اتفق هنا وقوعه في ضمن النفي (قوله وان ولدت ثم اختلفا فقال

تزوجتك

قال المصنف (واذاتزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها) أقول لفظ يوم مستغنى عنه قال المصنف (واللعان انمايجب بالقذف) أقول القذف الثابت في ضمن نفي الولد لابنفي الولد من حيث هو نفيه قال المصنف (فانه يصح بدونه) أقول وان اتفق هنا وقوعه في ضمنه قال المصنف (لان الظاهر يشهد لها) أقول وانمالم يقل لانها تدعي صحة النكاح لانها اذا كانت حبلى من الزنا يصح النكاح في الصحيح (قوله واعترض بوجهين أحدهما ان المراة الخ) أقول هذا الاعتراض معارضة والثاني معارضة أيضا ثم قوله ان المرأة تسند العلوق يعني تسند العلوق من الزوج (قوله وأجيب عن الاول بأنه معارض الخ) أقول يعني فبقي دليلنا سالما عن المعارض (قوله ترجح المثبت) أقول أي مثبت النسب (قوله فان نكاح الحبلى فاسد) أقول ان كان من النكاح فبالاجماع وان كان من الزنا فعند بعض أئمتنا كما سبق لكنه صحيح في الصحيح فني التأييد مالايخفى (قوله فان قيل ويجب الخ) أقول معارضة وكان الاولى أن يأتي بدليل عدم التحريم أولا

وقوله (ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف) يعنى الاختلاف المذكور فى الاشياء الستة وقوله (واذا قال لامرأته اذا ولدت فأنت طالق) ظاهر وقوله (فيما يبتنى عليها وهو الطلاق) يعنى ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة فى اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا (ولابى حنيفة ان دعواها ليست الطلاق حتى يثبت فى ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها حنثه فى يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة) سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباتها بشهادتها ضمنا لان شهادتهن ضرورية فى حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلا تظهر فى حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل أن يقول كلامنا فى الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشئ لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشئ اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله (وان كان الزوج قد أقر بالحبل) يعنى اذا أقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند أبى حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها اذا ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا فى المسئلة الاولى (وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه الحبل وهو الولادة) ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن فى دعوى رد الامانة وهذا يرشدك الى ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده اذا كان وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند انفراده عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة فى المسئلة الاولى فتلمح منه جواب الاعتراض هنالك

الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هى منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه) لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تطلق) لان شهادتها حجة فى ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت فى الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابى حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية فى حق الولادة فلا تظهر فى حق الطلاق لانه ينفك عنها (وان كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبى حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة ولانه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها فى رد الامانة

تزوجتك لاربعة أشهر وقالت لستة أشهر فالقول لها لان الظاهر شاهد لها وهو انه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج فى عدته وهو مقدم على الظاهر الذى يشهد له وهو اضافة الحادث وهو النكاح هنا الى أقرب الاوقات لانه اذا تعارض ظاهران فى ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع أن ظاهرها متأيد بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد ان كان الولد من زوج أو حبل من زنا وان صح على الخلاف فيه ثم لا نحرم عليه بهذا النفى لانه لا يلزم منه تزوجها حاملا بثابت النسب ليكون اقرارا بالفساد كما اذا تزوجها بلا شهود لجوازه وهى حامل من زنا فانه صحيح على الصحيح ولان الشرع كذبه حيث أثبت النسب والشرع اذا كذب الاقرار يبطل (قوله ولم يذكر) أى محمد (الاستحلاف) أى استحلافها وهو على الخلاف المعروف فى الاشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لان الخلاف واقع فى النكاح والنسب (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة) والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا أقر هو به (لم تطلق عند أبى حنيفة) ولكن يثبت النسب وقالا تطلق أيضا لان شهادتها حجة فى ذلك أى فى ثبوت ولادتها للحديث السابق واذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير يتبين ان قوله ولانها لما قبلت فى الولادة الى آخره ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الاول وصارت كثبوت الامومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما اذا قال ان كان بأمتى هذه حمل فهو منى فولدت بعد هذا القول لاقل من ستة أشهر فانكر ولادتها فشهدت بها امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما اذا جاءت زوجة بولد فقال ليس

(قوله وانما دعواها حنثه الخ) أقول هما يقولان أيضا انها تدعى الحنث والشاهد يثبته كما يعلم من تعليلهما المسئلة الثانية فحينئذ ينبغى أن يقرر كلام الامام بغير ما قرره الشارح ولا يحمل كلامه على تعليلين (قوله والحنث ليس من ضرورات الولادة) أقول مطلقا أو فى هذا اليمين والاول مسلم وليس الكلام فيه والثانى ممنوع (قوله فلا تظهر فى حق الطلاق) أقول بل تظهر فى حق الضمنيات المختصة (قوله ولقائل أن يقول كلامنا الى قوله والشئ اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه) أقول للشرع ولاية قد يثبت أمرا فى حق بعض الاشياء ولا يثبتها فى حق بعضها وله نظائر لا تحصى (قوله فتلمح منه جواب الاعتراض هنالك) أقول أشار الى ما تقدم ثمانية أسطر تخمينا وهو قوله ولقائل أن يقول كلامنا فى الطلاق المعلق

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل

منى ولا أدرى أولدتيه أم لا فشهدت بالولادة امرأة فانه يجب اللعان الا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محدودا فيحد للقذف ولابى حنيفة انها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست بحجة كذلك الا فى موضع الضرورة وهو الولادة ولازمه المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد ولانه حكمه اللازم شرعا أما اللعان فانما يثبت بالقذف وان اتفق انه وقع فى ضمن نفى الولد كما تقدم وأما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فاخبره مسلم انه ذبيحة مجوسى قبل فى الحرمة ولا يثبت تجس الذابح وكقوله اذا حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هى ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان ويمكن جعل هذا اشكالا على أبى حنيفة فان طلاقها هى زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعى حرمة قربانها فقد ثبت بقولها لازمه الشرعى ولازمه الجعلى المنفك وهو حنثه وسيأتى الفرق ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبى حنيفة وعندهما يشترط شهادة القابلة لانه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه (وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة) للعلم بأن الحبلى تلد بعده ولانه أقر بأنها مؤتمنة فى إخبارها بالولادة حيث أقر بأنها حامل فيقبل قولها فى رد الامانة كما اذا علق بحيضها فقالت حضت فاذن ظهر الفرق الدافع للاشكال المذكور وهو ان التعليق ان كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها و بولادتها بعد الاقرار بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاما التصديقها عند إخبارها به واعترافا بأنها مؤتمنة فيه وان لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند انكاره الى الحجة (قوله وأكثر مدة الحمل سنتان) وعند الشافعى ومالك أربع سنين وعن الليث ثلاث سنين وعن الزهرى سبع سنين واستدل المصنف رحمه الله بقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل أخرج الدارقطنى والبيهقى فى سننهما من طريق ابن المبارك حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضى الله عنها قالت ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفى لفظ قالت لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث وأخرج الدارقطنى ومن جهته البيهقى عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس أنى حديث عن عائشة انها قالت لا تزيد المرأة فى حملها على سنتين قدر ظل مغزل فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن فى اثنى عشرة سنة كل بطن فى أربع سنين ولا يخفى ان قول عائشة رضى الله عنها مما لا يعرف الا سماعا وهو مقدم على المحكى عن امرأة ابن عجلان لانه بعد صحة نسبته إلى الشارع لا يتطرق اليه الخطأ بخلاف الحكاية فانها بعد صحة نسبتها الى مالك والمرأة يحتمل خطؤها فان غاية الامر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع فى ان الاربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز انها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت و وجود الحركة مثلا فى البطن لو وجد ليس قاطعا فى الحمل لجواز كونه غير الولد ولقد أخبرنا عن امرأة انها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وادراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها أخذت فى الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيأ فشيأ الى ان انضمر بطنها وقامت عن قابلتها عن غير ولادة و بالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وما روى ان عمر رضى الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التى غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ ان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فى بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه فلما رآه الرجل قال ولدى ورب الكعبة فانما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل) أى بقدر ظل مغزل حال الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال ورواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل أى ولو بدور فلكة مغزل والمعنى هو ما فى الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة قالته سماعا لان العقل لا يهتدى الى معرفة المقادير وانما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه

(قوله

(وأقله ستة أشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله فى عامين فبقى للحمل ستة أشهر) وهذا تأويل أخرجه ابن عباس ذكره فى المبسوط فقال روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال تعالى وفصاله فى عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة أشهر فدرأ عثمان الحد عنها وأثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقرير الذى ذكرنا فى تأويل الآية مخالف لما ذكره فى الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هنالك ثلاثين شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم أظهر المنقص فى حق الحمل وههنا جعلها مدتهما جميعا ثم أصاب منهما للفصال عامان بقوله تعالى وفصاله فى عامين ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة أشهر وأجيب بأن استدلاله هنالك انما كان بالنظر الى الآية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى وجاز ان تكون الآية تنظر الى ذاتها مفيدة لحكم و بالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل (وقال الشافعى يقدر الاكثر باربع سنين) واحتج على ذلك بحكايات مثل محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بقى فى بطن أمه أربع سنين وكذلك هرم بن حيان فسمى هرما لذلك والضحاك ابن مزاحم هكذا فسمى ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم (والحجة عليه ما روينا عن عائشة رضى الله عنها والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدى اليه) أى الى مقدار مدة ما فى الرحم وقوله (ومن تزوج أمة فطلقها) يعنى بعد الدخول (ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا فلا لانه فى الوجه الاول) يعنى اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر (ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء) لانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما (وفى الوجه الثانى) يعنى ما اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء (ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى أقرب الاوقات) وأقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف (هذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا

(وأقله ستة أشهر) لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله فى عامين فبقى للحمل ستة أشهر والشافعى يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدى اليه (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه) لانه فى الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفى الوجه الثانى ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى أقرب وقته فلا بد من دعوة. وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا

(قوله وأقله ستة أشهر) ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا مع تفسير الفصال فى الآية الاخرى بكونه فى عامين فيلزم كون الفاضل للحمل ستة أشهر وأورد عليه انه مخالف لما قرره لابى حنيفة فى الرضاع من ان هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال غير ان المنقص قام فى أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة قلنا قدمنا هنالك انه غير صحيح لما يلزم من انه راد بلفظ الثلاثين فى اطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار اضافتين فلعله رجع الى الصحيح وأجيب بأن هذا تأويل ابن عباس رضى الله عنهما ذكره هنا وموضع الاستدلال فى الحقيقة مورده لا هو فنقل بعضه لينبه به عليه وهو ما روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رضى الله عنهما اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله فى عامين فلم يبق للحمل الا ستة أشهر فدرأ عثمان رضى الله عنه الحد عنها فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان اجماعا وهذا صحيح فى نفسه ومفيد لقطعية ارادة كون المدة بمجموع الحمل والفصال لاتفاقهم على صحته حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه فى الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به التناقض على المصنف (قوله ومن تزوج أمة فطلقها) أى بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل ان تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه أى ثبت نسبه منه ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه وقيدنا ببعد الدخول و واحدة لانه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد الا ان تجىء به لاقل من ستة أشهر منذ فارقها لانه لا عدة لها أو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف (قوله والا) أى وان لم تجىء به لاقل بل لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه الا ان يدعيه (قوله لانه فى الوجه الاول) وهو ما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق

(قوله انما كان بالنظر الى الآية الاولى) أقول يعنى قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا (قوله وههنا بالنظر اليها والى الاخرى) أقول يعنى قوله تعالى وفصاله فى عامين (قوله وجاز أن تكون الآية تنظر الى ذاتها مفيدة لحكم و بالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل) أقول تأملنا فلم يتضح لنا اندفاع المخالفة فانه جعل هنا كون المدة المذكورة فى الآية الكريمة مضروبة لمجموع الحمل والفصال أمرا مقررا ثم عمد الى الآية الاخرى فعين بها ما أصاب الفصال من تلك المدة لتعين مدة الحمل ثم لا يمكن أن يراد بكلام واحد معنيان متقابلان فى اطلاق واحد كما لا يخفى قال المصنف (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم الخ) أقول لفظ يوم مستغنى عنه

أما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ماقبله لانها لاتحل بالشراء

سابقا على الشراء و ولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفى الوجه الثانى وهو ما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء اذ لا تظهر عدتها فى حقه لانها معتدته والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلوق من أقرب الاوقات لان فيما زاد عليه شكا وأقرب الاوقات ستة أشهر واعتبارها فى الاول يوجب انه ولد المعتدة وفى الوجه الثانى يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة بخلاف مالو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لان به تحرم الامة حرمة غليظة فلا يحلها الشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فتعذر القضاء بالعلوق من أقرب الاوقات لانه قضاء عليهما بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من أبعد الاوقات وهو ماقبل الطلاق حملا لامرهما على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لاقل من ستة أشهر من الشراء وان كانت بائنا ثبت الى أقل من سنتين بعد كونه لاقل من ستة أشهر من الشراء واعلم ان ماذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق يعنى لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم أعتقها فولدت لاكثر من ستة أشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب الا أن يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق مازادها الا بعدا منه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح و وجبت العدة لكنها لا تظهر فى حقه للملك وبالعتق ظهرت وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك ولو جاءت به لاقل من ستة أشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وان كان لاكثر من سنتين من العقد وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة أشهر مذ باعها فعند أبى يوسف لا يثبت النسب وان ادعاه الا بتصديق المشترى لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال فى العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا ولو أسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه لاعن و يقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لعان لكن العلوق حادث والاصل فى الحوادث ماقلنا وكذا حر تحته أمة أعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعن وان احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ماذكرتم ينتقض بمسائل احداها مالو قال لامرأتيه احداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت احداهما لاكثر من ستة أشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تتعين ضرتها للطلاق ذكره فى الزيادات وثانيتها مالو قال لها اذا حبلت فأنت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق فكذا لو كان هذا فى تعليق العتاق بالحبل وثالثتها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى أقرب الاوقات لثبتت هذه الاحكام أعنى البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما

أما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ماقبله لانها لاتحل بالشراء) لان الامة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين واذا لم تحل لا يقضى بالعلوق من أقرب الاوقات بل من أبعدها حملا لامور المسلمين على الصلاح وأبعد الازمان هو ماقبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد الى أقرب الاوقات فحينئذ كان ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة فان قيل وجب ان تنكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم أجيب بانه وجب ان لا تنكشف تمسكا بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية فى الاماء بمنزلة الطلقة الثالثة فى الحرائر والمحرم أقوى

قال المصنف (أما اذا كان ثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق) أقول قال الاتقانى فيه ابهام لانه ربما يظن ظان ان الطلاق اذا كان واحدا بائنا لا يثبت النسب فيه الى سنتين وليس كذلك لان النسب فى البائن يثبت الى سنتين من وقت الطلاق وان لم يدع اه ولا يخفى عليك ان المراد هو أن المعتبر فى الطلاق البائن وقت الشراء فانه اذا مضى من وقته أقل من ستة أشهر فجاءت بولد يحكم له وان جاءت لتمامها لا يحكم وان مضى من وقت الطلاق سبعة أشهر وأما اذا كان الطلاق ثنتين فالمعتبر مضى المدة من وقت الطلاق لا من وقت الشراء فليتأمل فان ذلك يفهم من كلام المصنف

تضاف

(ومن قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت امرأة على الولادة فهى أم ولده) لان سبب ثبوت النسب وهى الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو منى وإنما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة أشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا ثمة بقيام الولد فى البطن وقت القول فصحت الدعوى وقوله (ومن قال لغلام هو ابنى) واضح واعترض بأنه ينبغى ان لا يكون لها

(ومن قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت على الولادة امرأة فهى أم ولده) لان الحاجة الى تعيين الولد و يثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع (ومن قال لغلام هو ابنى ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهى امرأته وهو ابنه يرثانه) وفى النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس أن لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد و بالوطء عن شبهة و بملك اليمين فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية و بكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة (ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها) لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة فى دفع الرق لا فى استحقاق الميراث والله أعلم

﴿ باب الولد من أحق به ﴾

(واذا وقعت الفرقة بين الزوجين

تضاف الى أقرب الاوقات اذا لم تتضمن ابطال ما كان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى أما اذا تضمنت فلا فتى عولت على ما قلنا ثم استقربت المسائل وجدت الامر عليه ففى ثبوت الطلاق فى الصورتين الاولين ابطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين وفى الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة بغير القول (قوله فهى أم ولده) بالاجماع لان سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة حجة فى ذلك بالاجماع أى باتفاق أصحابنا هذا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا بقيامه فى البطن وقت القول فتحققنا بالدعوى (قوله يرثانه الخ) فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائى فيثبت بقدر الضرورة وهى تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع الى ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشئ ثبت بلازمه الشرعى وان لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية (قوله وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بحرية الاصل وانها أم الولد) واذا ثبت كونها حرة هى أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران فى مقابلة الظاهر القوى وكذا احتمال كونه طلقها فى صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله (قوله فلا ميراث لها) قال التمرتاشى ولكن لها مهر المثل لانهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم (قوله لا فى استحقاق الارث) فلا يقضى به كالمفقود يجعل حيا فى ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث مفقود من أحد

﴿ باب الولد من أحق به ﴾

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد (قوله واذا وقعت الفرقة الخ) هو على الاطلاق فى غير ما اذا وقعت بردتها لحقت أو لا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان تابت فهى أحق

الميراث فى الاستحسان أيضا لان هذا النكاح يثبت له اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث وأجيب بأن النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التى لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل لئلا يرد نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض ورد بانا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضى انما يثبت لتصحيح المقتضى لا محالة والمقتضى ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بأن يكون عن وطء بشبهة أو يكون الولد ولد أم الولد فلم يفتقر ثبوت النسب إلى النكاح لا محالة وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان فانه قال فيه المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية فلم يمكن ان تكون أم ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة وحينئذ لا يكون عن وطء بشبهة وهو ظاهر

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج الى بيان (واذا وقعت الفرقة بين الزوجين

(قوله ورد بانا لا نسلم الخ) أقول صاحب الرد هو الاتقانى

﴿ باب الولد من أحق به ﴾

فالام أحق بالولد) لما روى ان امرأة قالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام أنت أحق به مالم تتزوجي ولان الام أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع اليها أنظر واليه أشار الصديق بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك ياعمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون (والنفقة على الاب) على ماتذكر (ولا تجبر الام عليه) لانها عست تعجز عن الحضانة

به وما اذا لم تكن أهلا للحضانة بان كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا وأبت الام أن تربي الا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فان العمة أولى هو الصحيح (قوله فالام أحق بالولد) بالاجماع وان كانت كتابية أو مجوسية لان الشفقة لا تختلف باختلاف الدين (قوله لما روى ان امرأة) في سنن أبي داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تنكحي رواه الحاكم وصححه وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا أراد بجده محمدا كان مرسلا واذا أراد به عبد الله كان متصلا فمالم ينص عليه يصير محتملا للارسال والاتصال وهنا نص على جده عبد الله وحجر الانسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية (قوله ولان الام أشفق عليه) إبداء لحكمة خصوص هذا الشرع وانما كانت أشفق عليه لانه كان جزأها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وأقدر على الحضانة لتبتلها بمصالحه والرجل أقدر على الاكتساب فلذا جعلت نفقته عليه اذا لم يكن هو له مال وجعل عندها وقوله واليه أشار الصديق الخ يشير الى مافي موطا مالك حدثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر رضي الله عنه فركب يوما الى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته اياه فأقبلا حتى أتيا أبا بكر فقال عمر هذا ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر خل بينه وبينها فما راجعه عمر الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي وزاد ثم قال أبو بكر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا توله والدة عن ولدها وفي مصنف ابن أبي شيبة حدثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي الافلح فتزوجت فجاء عمر فأخذ ابنه فأدركته شموس أم ابنة عاصم الانصارية وهي أم جميلة فأخذته فترافعا الى أبي بكر فقال خل بينها وبين ابنها فأخذته ولابن أبي شيبة أيضا عن عمر انه طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى أبي بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه (قوله والنفقة على الاب على ماتذكر) أي في باب النفقة وهذا ان كان حيا فان كان ميتا فعلى ذي الرحم الوارث على قدر المواريث (قوله ولا تجبر) يعني اذا طلبت الام فهي أحق به وان أبت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعي وأحمد والثوري ورواية عن مالك وفي رواية أخرى وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور والحسن بن صالح تجبر واختاره أبو الليث والهندواني من مشايخنا لان ذلك حق الولد قال تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين والمراد الامر وهو الوجوب والمشهور عن مالك لا تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجبر التي هي ممن ترضع فان لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدي غيرها أجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى واذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب أو محمولة على

فالام أحق بالولد لما روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه فقالت ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجي ولان الام أشفق) عليه لزيادة اتصاله بها من حيث يقص منها بالمقص (وأقدر على الحضانة) بلزومها البيت فكان في التفويض اليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها (واليه أشار أبو بكر الصديق رضي الله عنه روي ان عمر خاصم أم عاصم بين يدي أبي بكر لينزع العاصم منها فقال له أبو بكر ريقها خير له من شهد وعسل عندك ياعمر قاله والصحابة حاضرون متوافرون ولم ينكر أحد (والنفقة على الاب) على ماسيجيء (قوله ولا تجبر الام عليه) أي على أخذ الولد اذا أبت أو لم تطلب لما ذكره الا ان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه

(قوله الا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه) أقول وفيه ان غير ذي الرحم المحرم لا يلزم أن يكون أجنبيا وجوابه لا يخفى

حالة

(فان لم تكن له أم) بأن ماتت أو تزوجت بأجنبي فانها كالمعدومة حينئذ (فأم الام وان بعدت) لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلى اليه بأم فهى أولى ممن تدلى باب ويستوى فى ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شئ يحب ولده حتى

الحبارى فان لم تكن له أم الام بالتفسير المار فأم الاب أولى من الاخوات لانها من الامهات وهذه الولاية بالامومة (ولهذا) أى ولكون الجدة من الامهات (تحرز ميراث الامهات السدس ولانها أوفر شفقة للولاد) أى لاجل الولاد (فان لم تكن له جدة فالاخوات أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن فى الميراث) وهذه رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب القرابة والاخت أقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال فى كتاب الطلاق والخالة أولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلى به فان الخالة تدلى بالام وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل فى تفسير قوله تعالى ورفع أبويه على العرش انها كانت خالته وقوله (وتقدم الاخت لاب وأم) ظاهر ومعناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة قال فى النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق ألا ترى ان الاخ لاب وأم مقدم فى العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها كذا فى المبسوط والجامع الصغير لقاضيخان وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها أصلا بخلاف قرابة الاب فى استحقاق الحضانة فان لها ذلك عند عدم قرابة الام

(فان لم تكن له أم فأم الام أولى من أم الاب وان بعدت) لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات (فان لم تكن أم الام فأم الاب أولى من الاخوات) لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها أوفر شفقة للولاد (فان لم تكن له جدة فالاخوات أولى من العمات والخالات) لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن فى الميراث وفى رواية الخالة أولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل فى قوله تعالى ورفع أبويه على العرش انها كانت خالته (وتقدم الاخت لاب وأم) لانها أشفق (ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب) لان الحق لهن من قبل الام (ثم الخالات أولى من العمات) ترجيحا لقرابة الام (وينزلن كما نزلنا الاخوات) معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام

حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى أن تعجز عنه لكن فى الكافى للحاكم الشهيد الذى هو جمع كلام محمد لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان اليها محتاجا هذا لفظه فأفاد أن قول الفقيهين جواب الرواية وأما قوله تعالى فسترضع له أخرى فليس الكلام فى الارضاع بل فى الحضانة قال فى التحفة ثم الام وان كانت أحق بالحضانة فانه لا يجب عليها الارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر (قوله فان لم تكن) أى لم تكن له أم تستحق الحضانة بان كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ماتت فام الام أولى من كل أحد وان علت وعن أحمد أم الاب أولى وان استضعف بان أم الام تدلى بالام وهى المقدمة على الاب فمن يدلى بها أولا دا أحق ممن يدلى به فان لم تكن للام أم فأم الاب أولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة أو الخالة أولى منها وعن مالك الخالة أولى من الجدة لاب لما فى الصحيحين ان عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا فى بنت حمزة فقال على أنا أحق بها هى ابنة عمى وقال زيد بنت أخى وقال جعفر بنت عمى وخالتها تحتى فقضى بها النبى صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلى أنت منى وأنا منك وقال لجعفر أشبهت خلقى وخلقى وقال لزيد أنت أخونا ومولانا ورواه أبو داود وقال فيه انما الخالة أم ورواه اسحق بن راهويه وقال بعد قوله وأما أنت يا زيد فأخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا كله تشبيه فيحتمل كونه فى ثبوت الحضانة أو غيره الا أن السياق أفاد ارادة الاول فيبقى أعم من كونه فى ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق به من كل من سواها ولا دلالة على الثانى والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها أحق من أحد بخصوصه أصلا ممن له حق فى الحضانة فيبقى المعنى الذى عنيناه بلا معارض وهو ان الجدة أم ولهذا تحرز ميراث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولاد ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم تكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين وأولئك بنات الاجداد والجدات والشقيقة أولى من غيرها والتى لام أولى من الاخت لاب وبعد الاخت لاب الخالة وفى رواية كتاب الطلاق الخالة أولى من الاخت لاب لانها تدلى بالام وتلك بالاب وفى رواية كتاب النكاح الاخت لاب أولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلى بالام على المدلى بالاب عند اتحاد مرتبتهما قربا فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة ثم الى الخالة لام ثم لاب ثم العمات

(قوله فان لم تكن له أم الام بالتفسير المار) أقول يعنى المار بأسطر وهو قوله فان لم تكن له أم بان ماتت أو تزوجت بأجنبى الخ

قال (وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها) كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها اذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا أى قليلا وينظر إليه شزرا أى نظر المبغض فلا نظر له اذ ذاك (الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قائم مقام أبيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد) كالعم اذا تزوج بأم الولد (لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجيـة لان المانع قد زال فان لم تكن للصبى امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب فى موضعه) فى باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وأم فأصلحهم دينا وورعا أحق به لان ضمه إليه أنفع لانه يتخلق بأخلاقه فان تساووا فأكبرهم سنا أحق به لان حقه أسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح به كذا فى المبسوط غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع إلى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روى عن محمد وذكر التمرتاشى فان لم يكن واحد من العصبة تدفع إلى الاخ لام عند أبى حنيفة ثم الى ذوى الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لا حق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضى يدفع الى ثقة تحضنه وقوله (والام والجدة أحق بالغلام) واضح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغنى وحذف لفظ يستنجى وذكر ان المعنى واحد وهو ظاهر

تمام

(ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) لما روينا ولان زوج الام اذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال (الا الجدة اذا كان زوجها الجد) لانه قام مقام أبيه فينظر له (وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه) لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة (ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية) لان المانع قد زال (فان لم تكن للصبى امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم أقربهم تعصيبا) لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب فى موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة (والام والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجى وحده وفى الجامع الصغير حتى يستغنى فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والاب أقدر على التأديب والتثقيف

على هذا الترتيب ثم الى خالة الام لاب وأم ثم لام ثم لاب ثم الى عماتها على هذا الترتيب وخالة الام أولى من خالة الاب عندنا ثم خالات الاب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين أن أولاد الاخوات لاب وأم أحق من الخالات والعمات وان الاخت لام أحق من ولد الاخت الشقيقة وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان بنت الاخت تدلى الى من له حق الحضانة وأما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية (قوله لما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم مالم تتزوجى والنزر القليل والشزر نظر المبغض ولو ادعى الاب أن الام تزوجت وأنكرت فالقول لها ولو أقرت بالتزوج الا أنها ادعت الطلاق وعود حقها فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها فى دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج (قوله فاختصم) المقصود انه اذا لم يكن للصغير امرأة من أهله أو وجب الانتزاع من النساء أخذه الرجال وأولاهم أقربهم تعصيبا لان الولاية عليه بالقرب ولذلك اذا استغنى عن الحضانة كان الاولى بحفظه أقربهم تعصيبا وقد عرف فى موضعه أى فى الفرائض وأولى العصبات الاب ثم الجد أبو الاب وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم شقيق الاب ثم لاب فاما أولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدأ بابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ولا تدفع الصغيرة اليهم لانهم غير محارم وانما يدفع اليهم الغلام واذا لم يكن للصغيرة عصبة تدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم إلى الخال لاب وأم ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند أبى حنيفة رحمه الله فى النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصبات ولا تدفع الانثى اليه ولو كان فى المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبى وصبية لفسقه ليس له حق فى الامساك الكل من الكافى واذا اجتمع مستحقوا الحضانة فى درجة كاخوة وأعمام فأصلحهم أولى فان تساووا فأسنهم وفى الفتاوى الصغرى فان لم يكن عصبة فالى ذوى الارحام على الترتيب (قوله حتى يأكل الخ) الذى فى الاصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفى بعض نسخ النوادر ويستنجى وحده فضمه المصنف الى ما تقدم وفى نوادر ابن رشيد ويتوضأ وحده وذكر شمس الائمة انه لا بد من أن يستنجى وحده انه لا بد منه ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء

(قوله وان لم يكن للصبى امرأة من أهله فاختصم الرجال) أقول يعنى فاختصم فيه الرجال

وقوله (اعتبار الغالب) يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستحيي وحده وقوله (تحتاج الى معرفة آداب النساء) كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها (والمرأة على ذلك أقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين) بالتزويج وولاية التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة (والاب فيه أقوى وأهدى) لان الرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وروى هشام عن محمد أنها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة

والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب (والام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض) لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه أقوى وأهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة (ومن سوى الام والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني) لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال (والامة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد) لانهما حرتان أوان ثبوت الحق (وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما) عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى (والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر)

تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من النجاسة والا لم يقدر على تمام الطهارة (قوله والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين) وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لا ما قيل انه يقدر بتسع لان الاب مأمور بان يأمره بالصلاة اذا بلغها وانما يكون ذلك اذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر ان كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع والا فلا (قوله وعن محمد رحمه الله انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة) وهي رواية هشام عنه وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن أبي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة لينبني عليها أخذ الاب وثبوت حرمة المصاهرة قالوا بنت تسع مشتهاة وخمس ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا (قوله ومن سوى الام والجدة) يعني الجدتين من قبل الام والاب (قوله لانها لا تقدر على استخدامها) شرعا وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب انما يحصل بالاستخدام (بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا) ولذا جاز ان تؤاجرها قال الحاكم الجليل الشهيد فان كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وأخوها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث أحبت في مكان لا يخوف عليها (قوله والامة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد) وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه أحق به منها وان كان حرا كانت أحق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى أعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي أمة فالولد لمولاها وهو أولى به من الاب لانه مملوكه وكذا إذا كان الزوج حرا ولم يفارق أمه فالمولى أحق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين أمه للنهي عن ذلك ذكره في الكافي وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان ولدت بعده فهي أولى به لدخوله تحت الكتابة (قوله ويخاف) بالرفع استئنافا وفي بعض النسخ أو يخف بالجزم عطفا على يعقل وتمنع ان تغذيه الخمر أو لحم الخنزير وان خيف ضم الى ناس من المسلمين ويروى بالنصب أيضا على معنى الى ان يخاف مثله في قوله لالزمنك أو تقضيني حقي ولكن هذا في أو لا الواو وقال الشافعي وأحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وأبي

الى الصيانة وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه أبو الليث حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين وقيل إذا بلغت ست سنين أو سبعا أو ثمانيا ان كانت عبلة وقوله (ومن سوى الام والجدة) يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات أو الخالات أو العمات فانها تترك عندهن الى أن تبلغ حدا تشتهى على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الام والجدتين ولاية الاستخدام (ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود) وهو التعليم (بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والامة اذا أعتقها مولاها وأم الولد اذا أعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان أوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية أحق بولدها المسلم) بأن كان زوجها مسلما (ما لم يعقل الاديان أو يخاف) بالرفع على الاستئناف وبالجزم عطفا على يعقل (أن يألف الكفر) لان الدفع اليها قبل ذلك أنظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه

قال المصنف (أو يخاف أن يألف الكفر) أقول قال ابن الهمام ويروى بالنصب أيضا على معنى الى أن يخاف مثله في قولك لالزمنك أو تقضيني حقي ولكن هذا في أو لا في الواو اهـ والموجود في نسختنا هو أو

النظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده (ولاخيار للغلام والجارية) وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه و بين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا وأما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الانظر بدعائه عليه السلام أو يحمل على ما اذا كان بالغا

نو ر وقوله للنظر قبل ذلك دافع لقولهم وحاصله ان الانظر للصغير ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا (قوله ولاخيار للغلام) يعني اذا بلغ السن الذي يكون الاب أحق به كسبع مثلا أخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك وعند الشافعي يخير الغلام في سبع أو ثمان وعند أحمد واسحق يخير في سبع فاذا اختار أحدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عاد واختار الاول أعيد اليه هكذا أبدا قال في المغني وهذا لم يقل به أحد من السلف والمعتوه لا يخير و يكون عند الام (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) أخرج الاربعة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة قبل ان يروي الحديث حاصلها انه خير غلاما في واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر وأجاب عن الحديث بوجهين أحدهما انه صلى الله عليه وسلم دعا ان يوفق لاختيار الانظر على ما رواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته ان تسلم فجاآ بابن لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب ههنا والام ههنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى أبيه وفي لفظ آخر انه أسلم وأبت امرأته ان تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فأقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية وأقعد الصبية ناحية وقال لهما ادعواها فمالت الصبية الى أمها فقال صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى أبيها فأخذها وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة وأخرج ابن ماجه والنسائي في سننه عن اسمعيل بن ابراهيم ابن علية رضي الله عنهم حدثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة أن أبوين اختصما في ولد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما كافر فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه الى الكافر فقال اللهم اهده فتوجه الى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين اختلف في انه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روي من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد ابن سلمة عن أبيه عن جده أن أبويه اختصما فيه رواه ابن أبي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لان عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لا يعرفون ولو صحت لا ينبغي ان يجعل خلافا لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فانهم ثقات وهو وأبوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وأفاد ان المراد بقوله عن أبيه عن جده جد أبيه قال فانه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخيير غيره صلى الله عليه وسلم مع دعائه فيجب بعده صلى الله عليه وسلم اعتبار مظنة الانظرية وهو فيما قلنا ثانيهما انه كان بالغا بدليل الاستقاء من بئر أبي عنبة ومن دون البلوغ لا يرسل الى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالبا ونحن نقول اذا بلغ فهو مخير بين

فان اختار الاب لا يمنع من الزيارة وان اختار الام فعلى الاب مراعاته وتسليمه الى المكتب والحرفة (لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) غلاما بين الابوين روى رافع بن سنان انه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى أبيها فأخذها (ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة) أي الخفض والراحة وكلامه واضح ولكن قوله (أو يحمل على ما اذا كان بالغا) فيه نظر لان المذكور في قصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان بالغا والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ما رويناه وما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغر فأول المصنف رحمه الله الاول بقوله فقلنا قد قال عليه السلام الخ والثاني بقوله أو يحمل على ما اذا كان بالغا

﴿ فصل ﴾ (وإذا أرادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك) لما فيه من الاضرار بالاب (الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه) لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربى به ذميا

ان ينفرد بالسكنى وبين ان يكون عند أيهما أراد اللهم الا أن يبلغ سفيها مفسدا فحينئذ يضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ولا نفقة له على الاب الا أن يتطوع أما الجارية فان بلغت بكرا ضمها الى نفسه وان بلغت ثيبا فلها ان تنفرد بالسكنى الا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللاب ان يضمها اليه وكذا الاخ والعم الضم إذا لم يكن مفسدا وإن كان فحينئذ يضعها القاضى عند امرأة ثقة ولهذا صح ان الصحابة رضى الله عنهم لم يخيروا على ما تقدم من قصة عمر مع أبى بكر وما أسند عبد الرزاق عن عمر انه خير ابنا بين أبيه وأمه فاختار أمه فانطلقت به محمول على انه عرف ميل الابن الى أمه وهى فى الواقع أحق بحضانته فأحب تطييب قلب الاب من غير مخالفة الشرع فخيره يدل عليه ما تقدم انه لم يراجع أبا بكر الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان أبا بكر كان اماما يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وان خالف رأى المحكوم عليه فالوجه ما ذكرنا الموافق المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قدمناه أول الباب

﴿ فصل ﴾ اذا ثبت حق الحضانة للام فأرادت أن تخرج بالولد الى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد ايفاء معجل المهر خصوصا بعدما خرجت معه وان كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلدة التى تريد الخروج اليها بلدها وقد وقع العقد فيها أولا ففى الاول ليس للاب منعها وان بعدت كالكوفة من الشام الا أن تكون دار حرب وهو مسلم أو ذمى وان كانت هى حربية ولو كان كلاهما مستأمنا جاز لها ذلك لانه لما عقد النكاح به فالظاهر انه يقيم به غير انه اذا خرج بعد ذلك وقد أعطاها المهر وجب عليها المتابعة أو تابعته بلا وجوب واذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الامر الى الاول ولو كانت الاولاد غيبا بأن تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له أولادا فخرج بهم إلى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم اليها فان أخرجهم باذنها ليس عليه أن يجيء بهم اليها ويقال لها اذهبى اليهم فخذيهم وان كان بغير اذنها فعليه أن يجيء بهم اليها وفى الثانى له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه أو عقد فيه وليس مصرها على أصح الروايتين كما سيذكره المصنف الا أن تخرج الى مصر قريب بحيث لو خرج الاب لمطالعة الولد أمكنه أن يبيت فى أهله أو قريته كذلك وكان العقد فى قرية لانه كالانتقال من حارة إلى حارة وإن لم يكن العقد فى قرية بل مصر فليس لها اخراجه إلى القرية القريبة هذا فيما بين الاب والام أما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنتقل بالولد إلى مصرها لانه لم يكن بينهما عقد وكذا أم الولد اذا أعتقت لا تخرج الولد من المصر الذى فيه الغلام لانه لا عقد بين الاب وأم الولد ولنتكلم على فصول الكتاب (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم) فى مسند ابن أبى شيبة حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الازدى عن عبد الرحمن بن الحرث بن أبى ذباب أن عثمان رضى الله عنه صلى بمنى أربعا ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تأهل فى بلدة فهو من أهلها يصلى صلاة المقيم وانى تأهلت منذ قدمت مكة ورواه أبو يعلى كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلد فهو من أهله وانما أتممت لانى تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الازدى (ولهذا يصير الحربى به ذميا) ظاهره ان بالتزوج يصير الحربى ذميا ودفع فى الكافى بانه خلاف المصرح به بل لا يصير الحربى بالتزوج فى دار الاسلام ذميا لانه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود وانما ذلك فى الحربية اذا تزوجت فى دار الاسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق فى يدها فيكون التزاما وانما يصح بحمل الحربى على ارادة

﴿ فصل ﴾ لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الاخراج الى القرى وغيره فى فصل على حدة (واذا أرادت المطلقة) بعد انقضاء العدة (أن تخرج من المصر) فذلك على أربعة أقسام إما أن تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه وإما أن تخرج الى ما ليس وطنها ولم يقع فيه العقد واما أن تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه واما أن تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهى الاقسام العقلية فان اتفق أمران جميعا بأن تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما ذكر فى الكتاب وقوله (لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا) دليل المستثنى وقوله (ولهذا يصير الحربى) أى الشخص الحربى ذكرا كان أو أنثى (به) أى بالتزوج فى بلدة (ذميا)

﴿ فصل ﴾ واذا أرادت المطلقة)

قال فى النهاية وهذا وقع غلطا لان المصنف ذكر فى السير وذكر أيضا فى سير سائر الكتب اذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع وأجيب بان الضمير فى به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤل الى أن يقال انه بالتزوج فى بلد التزم المقام و بالتزام المقام يصير الحربى ذميا و يلزم منه انه بالتزوج فى بلد يصير الحربى ذميا فعاد المحظور وان لم يجعل متعلقا بذلك يقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال فى محل البحث فلا يليق ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربى الى الحربية ويجوز أن يقال لا حاجة الى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربى صفة لشخص كما قدرنا فى أول البحث وحينئذ يراد به الحربية ولكن ذكره بتأويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطا الى كونه ملبسا ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان فجعل ماذكر ههنا وجه القياس لان التزوج فى بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لاسيما اذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وماذكر فى السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على التزام (٣٢٠) المقام كتزوج الحربية للذمى الا ان قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع ورد بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك وأجاب شيخ شيخى العلامة عبد العزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهما وأقول ان ثبت فى حربى يتزوج فى بلد المسلمين أن يصير به ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا وقوله فى الكتاب يريد به القدورى ووجه كل مما فى القدورى والجامع الصغير ماذكره فى الكتاب وهو واضح وأما فى عكس هذه المسئلة وهى أن تخرج الى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها أن تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات وأما القسم الآخر وهو ما لا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الاقسام الباقية (قوله والحاصل) ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين لا يجوز الوصفين لابد من وصف آخر وهو شرط فيه أيضا وهو ان لا ينتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها او وقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية بالتزوج فى دار الاسلام تصير ذمية فانى يتسنى لها الانتقال اليها والجواب ان مراده مسلم عقد على مسلمة فى وطنها دار الحرب فخرجا الينا وقعت الفرقة فيما بينهما فأرادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وان وجد الامران جميعا والباقى ظاهر

وان أرادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار فى الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وقد ذكر فى الجامع الصغير أن لها ذلك لان العقد متى وجد فى مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم فى مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد ووجه الاول أن التزوج فى دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا أصح والحاصل انه لابد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت أما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت فى بيته فلا بأس به وكذا الجواب فى القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا بأس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفى عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك

الشخص الحربى فيصح مراد به الحربية ويجوز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لوسيق الكلام له وفى النهاية وجدت بخط شيخى ليس فى النسخة التى قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اتصل قوله وان أرادت الخروج بقوله فهو منهم وماذكرها فى بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا لا حاجة الى تكلف توجيهه بما قلنا و بغيره وتحميل المصنف إياه مع أنه لا يصح لان مرجع الضمير إن كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوج المرأة الحربية على صيرورته من أهلها والحال ان صيرورتها كذلك لامر يخصها لا يوجد فى حقه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته (قوله أشار فى الكتاب) أى القدورى وقيل المبسوط والاول أولى لانه معتاد المصنف ولا يستفاد الثانى لعدم المعهودية ووجهه ان قوله الا أن تخرج بها الى وطنها يفيد ان غيره داخل فى الحظر والذى وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق أى من الاصل وفى العكس وهو ما اذا أرادت الانتقال الى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات (قوله كما يوجب البيع التسليم فى مكانه) أى اذا كان المبيع فى ذلك المكان لا مطلقا فان فى الفتاوى من باع شعيرا أو الشعير فى القرية والمشترى يعلم ذلك يستحق تسليمه فى مكانه لا فى مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء تسلمه فى مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حق امساك الاولاد لان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات فى مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسلم (قوله تفاوت) أى بعد وفى عكسه وهو أن ينتقل من المصر الى القرية

(قوله ويجوز أن يقال لا حاجة الى قوله لان التزوج فى بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا) أقول ولا يخفى عليك ما فيه مع انه مخالف لما ذكره المصنف فى وجه ما فى مختصر القدورى ان التزوج فى دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا فتأمل فى جوابه (قوله وأقول ان ثبت فى الحربى الخ) أقول فيه تأمل (قوله وفيه نظر لان الحربية بالتزوج الخ) أقول فيه ان الفرض وقوع العقد فى دار الحرب فكيف يتمشى النظر

لما فرغ من بيان حق الحضانة للولد ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشئ بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية أصل النسب فيقدم عليه (٣٢١) والنسب أقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزأ منه وكذا على الوالدين قال (النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها الى منزله) قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها (والاصل في ذلك) أي في وجوب النفقة (قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته) أمر بالانفاق والامر للوجوب (وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة على للوجوب (وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع) أوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا وأن لا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح (و) ان (لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس

﴿ باب النفقة ﴾

قال (النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها) والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس

لا يجوز وان كانت القرية قريبة الا اذا وقع العقد فيها وهي قريتها فحينئذ لها ذلك ذكره في شرح الطحاوي وفي شرح البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هنالك أولا والاول هو المنصوص ذكر الحاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد اذا كان أصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بهم من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة ينظر بعضها الى بعض ما لم يكن ذلك يقطعه عن أبيه اذا أراد أن ينظر اليه من يومه واذا أرادت أن تخرجه من مصر جامع الى قرى ان كانت قريبة منها فليس لها ذلك الا أن يكون النكاح وقع في تلك القرى وفيه أيضا وليس للمرأة أن تشترى لولدها وتبيع وان كانت أحق به إلا أن تكون وصية والله أعلم

﴿ باب النفقة ﴾

النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت أو من النفاق وهو الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشري أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفي ونفد وفي الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير بأسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هي الاصل في ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن قيل هي الزوجات وقيل هي المطلقات والاول هو الظاهر وقال تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وقال تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال النبي صلى الله عليه وسلم في خطبته بعرفة في حجة الوداع كما قدمناه في ضمن حديث جابر الطويل في الحج فاتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفي الصحيحين ان هندا ابنت عتبة قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني الا ما آخذ من ماله بغير علم فقال صلى الله عليه وسلم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك والاحاديث كثيرة في الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبي رحمه الله من قوله ما رأيت

﴿ باب النفقة ﴾

أقول النفقة في الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لافصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر في ذلك حالهما جميعا) قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات

أحد اجبر على نفقة أحد يجب تأويله والله أعلم بصحته (قوله وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره) أي لمنفعة ترجع الى غيره كان نفقته عليه نخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد رجع عليها بما أخذت أما لو أنفق عليها بلا فرض القاضي فلا يرجع وفي الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فتزوجت منه فان لم يقر بأن الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبي يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة وذكر في موضع آخر لا تستحقها عندهما أيضا لانه ممنوع عن وطئها ولو أقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم أصله في المحرمات والله أعلم (قوله أصله العامل في الصدقات) والمفتي والوالي والقاضي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا بدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات صيانة للمياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن أولا ولو غنيات وقوله اذا سلمت نفسها في منزله ليس شرطا لازما في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطالب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط النفقة أيضا وان كان لغير حق حينئذ لا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن أبي يوسف واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ أبي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو انه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هي تجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكنه رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها (قوله وعليه الفتوى) اختار المصنف قول الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال في التحفة انه الصحيح ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والاعسار في اعسارهما وانما يظهر الخلاف في الاختلاف كما اذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب في الاول نفقة فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى ظاهر الرواية يجب في الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسر وكأنه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى حينئذ ان يقول فان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها ووجهه انه يصلح ردا لاعتبار حاله فقط يعني اذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لابد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما فيلزم اعتبار حالهما ويورد عليه ان حديث هند

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات) ونوقض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هي على الراهن وأجيب بأن الرهن محبوس بحق الراهن أيضا وهو كونه موفيا عند الهلاك ولهذا لم تجب النفقة على المرتهن (وهذه الدلائل) يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة (لافصل فيها فيستوي المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما) هذا لفظ القدوري قال المصنف (وهذا) أي اعتبار حالهما في ذلك (اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره) أي تفسير قول الخصاف وهو على أربعة أقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين أو معسرين أو الزوج موسرا والزوجة معسرة أو بالعكس من ذلك ففي الاول تجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج يأكل الحلوى والحمل المشوي والباجات والمرأة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين ولم يذكر المصنف القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال له تكلف ان تطعمها خبز البر وباجة أو باجتين كي لا يلحقها الضرر ولم يزد على ما فهم من القسم الثالث من توسيط الحال وقال وفي ظاهر الرواية يقول لما تزوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله

خبر

(قوله فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة) أقول يعني القاضي يفرض لها نفقة

(وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي) وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا والدليل عليه (قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته) ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله أعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وأمره بالانفاق فلا مصير الى غيره وجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما (قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان) روى البخاري باسناده الى عائشة رضي الله عنها أن هندا بنت عتبة قالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني و ولدي الا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف فاعتبر حالها) ولقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما او الحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بأن المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به فاذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرا (٣٢٣) من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على

وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد

خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة أولا والمعسر معسرة كانت أولا فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز وأفاد المصنف دفع هذا بقوله وأما النص فنقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في قدر ما يجب لها والحديث أفاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث أفاد اعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بأن يكون الواجب عليه أكثر مما اذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته اللهم الا أن يقال يجوز علمه صلى الله عليه وسلم بأن زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تأخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث يتجه بالنسبة الى هذه الآية أما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الا أن هذه في المتعة لا في النفقة ويدعي الفرق بين المتعة والنفقة بناء على انهما ليست مساوكا بها مسالك الكسوة بل هي بدل نصف المهر أو ان قوله متاعا بالمعروف الآية يفيده بالقدرتين أي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لان المعروف أن لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة (قوله وهو الواجب) أي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما وقد يقال لا يمشي على جميع أقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في أوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط وأما في يسارهما فيمكن أن يقال تجب نفقة هي وسط في اليسار وأما في اعسارهما فيجب أيضا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان

تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاف (وهو) أي اعتبار حالهما هو (الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة) يعني على كفايتها نظرا الى حال الزوج وأجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله (ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب أن ينفق بقدر وسعه) لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن ان زادت كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز وقوله (ومعنى قوله بالمعروف الوسط) اشارة الى ما قدمنا ان تفسير قوله تعالى وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وعلى المولود له اعتبر الرجل وقال بالمعروف اشارة الى ان لا يزاد على ما في وسعه ان كانت حالتها تقتضيه ووجه كونه جوابا انه اذا كان مفسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب (قوله وبه) أي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك (يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف

(وقوله والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد) أقول لا يبعد ان يدعى شهرته (قوله فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين الخ) أقول من تأمل في كلام المصنف تبين له عدم مطابقة هذا الشرح للمشروح فانه ينادي على ان لا معارضة بينهما

لان ماوجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا) لانها انما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والاماكن ففي التقدير قد يكون اضرارا قال (وان امتنعت من تسليم نفسها) ان امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبي حنيفة فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر المعجل أولا فان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فطالبة أحدهما (٣٢٤) لا يسقط الآخر وان كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك وانما قيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا أو كرها فلا يبطل النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فالوجه حرمانها فالجواب انا لا نسلم أنها لم تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وذلك قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا تتصور وقوله (بخلاف ما اذا امتنعت) متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله (وان كانت صغيرة لا يستمتع بها) أي لا توطأ (فلا نفقة لها) سواء كانت في منزل الزوج أو لم تكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق الجماع (لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون البنية وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح) وهو الجماع أو دواعيه (ولم يوجد) لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة وأجيب بأن الدواعي غير فائتة بأن يجامعهن تفخيذا أو غيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة وتمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة

لان ماوجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه (وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت (وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله) لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها (وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين

اعسارهما غاية في الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله أو حالهما لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله صلى الله عليه وسلم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند غاية اعسارها واعساره المعروف دون التوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت و باعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا مأدوما (قوله لان ماوجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه) لانه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي المبسوط وكل جواب عرف من اعتبار حاله أو حالهما في النفقة ففي الكسوة مثله واذا اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في العسرة كذا في الاصل وأشار شيخ الاسلام الى أن القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد في الزيادات ومن المتأخرين من قال ينظر الى زيه الا في العلوية والفقهاء واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضي أن يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي وان فعله فأتاه عدلان انه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا أن يخبره بذلك عدلان انهما علما ذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين فان أخبراه من وراء لم يؤخذ بقولهما فان أقامت البينة انه موسر فأقام الزوج انه محتاج أخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في كافي الحاكم (قوله حتى تعود الى منزله) يفيد ان النشوز المستعقب لسقوط النفقة مأخوذ فيه خروجها عن منزله والتحرير ان المأخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء الى المنزل سواء كان بعد خروجها أو امتنعت عن أن تجيء الى منزله ابتداء بعد ايفائه معجل مهرها أو عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل أن تسأله أن يحولها الى منزله أو يكتري لها منزلا فان كانت سألته في ذلك لتنتفع بملكها فأبى فمنعته الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن في أرض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي الفتاوى للنسفي لو كان بسمرقند وهي بنسف فبعث اليها أجنبيا يحملها اليه فأبت لعدم المحرم لها النفقة (قوله لا يستمتع بها) أي لا توطأ وصرح في الذخيرة بأن المراد من الاستمتاع الوطء وبه قيد الحاكم قال لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى أن تصير الى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج أو الاب واختلف فيها فقيل أقلها سبع سنين وقال العتابي اختيار مشايخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله يختلف باختلاف

(قوله مستحق بالنكاح وهو الجماع) أقول الاظهر الموافق لما ذكر في أواخر باب العنين ان يقول وهو التمكن من الجماع

وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة

البنية وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا أما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فرجع الضمير للوالدات فلا يتناول الصغائر وأما قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق يعني على من يستحقها ولم ينص على من يستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن ألا ترى ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه وأما حديث جابر فقوله صلى الله عليه وسلم فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ونقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك أو طريقه ولو سلم فالاتفاق على أن عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة أجنبية فاستحقاقها النفقة إما أن يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره لحاقا بالملك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة أو لاحتباسها الاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج أعني الوطء أو دواعيه أو لاحتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا أن يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه وهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على أحد الاوجه التي ذكرناها وسنوردها وجها وجها وأيضا عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة أيضا عوضا والا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كالو تزوجها على ألف وعبد لان الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلابد من كون عوضه يثبت أيضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيأ فشيأ ولو كانت جزأ من العوض لزم جهالة أحد العوضين فانما تجب بحادث شيأ فشيأ وهو الاحتباس نظرا الى بقائه وهذا طريق المصنف وعلى هذا يجب أن يقول النفقة في المرقوقة أيضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملته الوطء ان أمكن لا للملك وهذا حق ألا ترى انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لانتقاضه بالناشزة وأما الثاني فهو العلة لظهور أثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام لئلا يكون مبرأ فلما أثبتنا المناسبة بظهور الاثر لم يبق الاصورة السبر وانما هو في الحقيقة اثبات علية ما عيناه بظهور أثره وابطال ما عينوه هذا وقد نقض بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها لكبرها فان لهن النفقة ولا احتباس للوطء وأجيب بأن المعتبر في ايجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود في هؤلاء بأن يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فانها لا تكون مشتهاة أصلا فلا تجامع فيما دون الفرج حتى ان كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة قالوا فعلى هذا التعليل اذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة وهذا على من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهى للجماع فرض محال لانها اذا لم تكن بحيث تشتهى للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج نعم هنا شيء وهو ان قولنا الصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل معناه لا تشتهى للوطء أو لا تطيق الوطء فان كان الاول فالملازمة حقة وان كان الثاني فان ثبت التلازم بين عدم الاطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك والا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الاطاقة مطلقا

(وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين) وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة والصغر والكبير فيها سواء كالمملوكة (ولنا ان المهر عوض عن الملك) لان العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا تكون النفقة عوضا لئلا يجتمع عوضان (عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة)

(قوله وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة الخ) أقول فعلى هذا لا يكون عوضا عن الملك

وقوله (وان كان الزوج صغيرا) بيان لذكر العجز من جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فلو اعتبر جانب الصغير وجبت كما في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة

(وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله) لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين (واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها) لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا

ولا من واحد ممن يطيق الوطء والظاهر ان من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة وان لم تطقه من خصوص زوج مثلا فتجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها نفقة وفي خزانة الفقيه أبي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة اذا لم يكن لها عليه مهر واذا اغتصبها ظالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج اذا لم يكن معها زوجها والامة اذا لم يبوئها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمرأة اذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة (قوله وان كان صغيرا الخ) ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بان كانا صغيرين لا يطيقان ولو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا تجب وفي الذخيرة لا نفقة لها وأكثر ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا تستحق النفقة وعن هذا قلنا اذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة ولا يخفى امكان عكس الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فتجب الى آخره والتحقيق ان النفقة لا تجب الا للتسليم لها الاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور وجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرين وتجب في الكبيرة تحت الصغير (قوله وعن أبي يوسف لها النفقة) أي في صورتي حبسها وغصبها لانه لا منع من جهتها واختاره السعدي والفتوى على الاول وهو قول محمد لان النفقة عليه عوضا عن احتباسه اياها غير أنه اذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فتجب مع فواته فاذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن تقديرا قائما فانتفى حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره مالو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الاجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر وان لم يكن من جهة الآجر بخلاف مالو حبس هو ظلما أو في حق يقدر على ايفائه أو لا يقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الاسلام أو طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة مادامت في العدة حيث تجب لها النفقة لفواته من جهته حقيقة أو معنى وان لم يكن له تعمد فيه (قوله وكذا الخ) أي لا نفقة لها اذا حجت مع محرم بخلاف ما اذا حجت مع الزوج فان لها النفقة اتفاقا (قوله لان اقامة الفرض عذر) قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت انما يجعل باقيا تقديرا إذا كان الفوات من جهته ثم اذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بان يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لان هذه الزيادة لحقتها بإزاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه (قوله لما قلنا) أي من أن نفقة الحضر هي المستحقة وأجمعوا على أن بالصوم والصلاة لا تسقط النفقة

والزوج كبيرا قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها وأكثر ما يكون في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب وقوله (واذا حبست) ظاهر وقوله (والفتوى على الاول) يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للمغصوبة فيما مضى وقوله (لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا) بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لا لمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا تجب النفقة وقوله (وكذا اذا حجت مع محرم) يعني بدون الزوج لا تجب النفقة (لان فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر) وكلامه واضح وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه (قوله

(قوله وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب) أقول وفيه بحث اذ لا نسلم انه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة وانما تستحقها ان لو وجد فيها شرط استحقاق النفقة ولم يوجد

(فان مرضت فى منزل الزوج فلها النفقة) والقياس ان لانفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبى يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لاتجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفى لفظ الكتاب مايشير اليه (قال ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها) والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر فى بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها

(قوله ويمسها) أى ويمسها استمتاعا ويدخل فى مسها كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ماذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعى والاستئناس والله أعلم (قوله قالوا هذا حسن وفى لفظ الكتاب اشارة اليه) وهو قوله وان مرضت فى منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولايخفى ان اشارة الكتاب هذه مبنية على مااختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم فى منزله على ماقدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها فى منزله وقدمنا انه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبى يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهو الاصح تعليقها بالعقد الصحيح مالم يقع نشوز فالمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبى يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ماهو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعى وهو ظاهر الرواية قال فى الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبر حتى لايستطاع جماعها وفى شرح الطحاوى اذا كبرت ولاتطيق الجماع أو بها رتق يمنع الجماع أو قرن كان لها النفقة وقال الحلوانى قالوا إذا مرضت مرضا لايمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لاتسقط وهذا تقييد للاول قال فى الخلاصة لو كانت مريضة ومعها زوجها أولا قبل الدخول أو بعده تجب وفى الاقضية لو كانت محرمة أو رتقاء أو قرناء تجب وفى الجامع الكبير سواء أصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله فيما إذا لم تكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية وعن أبى يوسف لانفقة للرتقاء والمريضة التى لايمكن وطؤها قبل أن ينقلها وان انتقلت من غير رضاه يردها الى أهلها أما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لا يردها الى أهلها انتهى كله من الخلاصة وبه يظهر لك ماحكيناه فيمن اختار قول أبى يوسف ثم عن أبى يوسف فى التى مرضت فى منزله اذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها (قوله وتفرض على الزوج النفقة الخ) قال المصنف والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولايخفى على متأمل ان التكرار ليس بلازم أصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ماتقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها و بيان وجوبها ووجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضى ولاجوازه ولا هو ملزومه فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل مافى الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هى من التناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة تفرض اذا طلبت فأفاد ماقلنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذى يلى الانفاق الا اذا ظهر عند القاضى مطله فحينئذ تفرض النفقة و يأمره أن يعطيها لتنفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا فى الخلاصة وقيد اليسار اثره فى المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفى الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر فى الفرض الاصلح والايسر ففى المحترف يوما يوما أى عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لانه قد لايقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا دفعة وهذا بناء على ان عليه أن يعطيها معجلا و يعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذى يلى ذلك المساء لتتمكن من الصرف فى حاجتها فى ذلك اليوم وان كان

وقوله (فان مرضت فى منزل الزوج) على ماذكره فى الكتاب ظاهر وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على مانبين وقوله (وفى لفظ الكتاب) يعنى القدورى (مايشير اليه) وهو قوله فان مرضت فى منزل الزوج فانه يشير الى أنها سلمت نفسها الى منزل الزوج ثم مرضت فيه وقوله (ويفرض على الزوج النفقة) لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجوبها وهو ظاهر واختلفوا فى الخادم الذى يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كانت حرة أو لم تكن مملوكة لها لاتستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لايستوجبه كالقاضى اذا لم يكن له خادم لايستحق كفاية الخادم فى بيت المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها تستحق

ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لابد لها منه (ولا يفرض لاكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد

تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة أو من الصناع الذين لا ينقضى عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله له أن يمتنع من اعطاء الزائد وفى الاقضية يفرض الادام أيضا أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن وقيل فى الفقيرة لا يفرض الادام الا اذا كان خبز شعير والحق الرجوع فى ذلك الى عرفهم ويعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح وغيره وثمن ماء الوضوء عليها فان كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله بنفسها وان كانت فقيرة فاما أن ينقله الزوج لها أو يدعها تنقل بنفسها وثمن ماء الاغتسال على الزوج فى الفتاوى لانه مؤنة الجماع وفى كتاب رزين جعله عليها وفصل فى ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليها أو أقل فعليه وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استئجار فلقائل أن يقول عليه لانه مؤنة الجماع ولقائل أن يقول عليها كأجرة الطبيب وفى المحيط اذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها منه نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وان لم يتقاصا وتفرض الكسوة كل ستة أشهر الا اذا تزوجها وبنى بها قبل أن يبعث اليها الكسوة فان لها أن تطالبه بها قبل مضى ستة أشهر والكسوة كالنفقة فى انه لا يشترط مضى المدة وللزوج أن يرفع الى القاضى ليأمرها بلبس الثوب لان الزينة حقه واذا فرض لها كسوة ستة أشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا تبين ان ذلك لم يكفها فتجدد لتبين خطئه فى التقدير وان تخرقت لخرق استعمالها لا يفرض لها أخرى ولو سرقت الكسوة أو هلكت النفقة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف المحارم كذا فى الاقضية ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا يجدد لها الكسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة أو بقى منها شئ فى الشهر الآخر أيضا يفرض وفى المحارم لا يفرض وفى أدب القاضى للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة وتزاد فى الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرته ويسرته ذكر الخصاف السراويل فى كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكره محمد أصلا قال السرخسى لم يوجب محمد الازار لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل فى الصيف والشتاء لتلبسه فى البيت فالقاضى ينظر الى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع يهودى وملحفة زطية وخمار سابورى أرخص ما يكون مما يدفئها فى الشتاء وعلى الموسر درع يهودى أو هروى وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء اذربيجانى ولها فى الصيف درع سابورى وملحفة كتان وخمار ابريسم فذكر فى الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا أن القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها فى الشتاء اللحاف وفراش النوم وفى كسوة الخادم ذكروا الازار والخف والمكعب وفى الخلاصة هذا فى ديارهم بحكم العرف أما فى ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه وينبغى أن يكون لها فراش على حدة ولا يكتفى بفراش واحد لهما لانها قد تنفرد فى الحيض والمرض وفى الاثر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا أرسل ثوبا فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له فان أقاما البينة على اقرار كل منهما بدعوى الآخر أو على نفس مدعاه فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعى للقضاء وكذا فى دراهم فقالت هدية وقال نفقة أو قال من المهر وقالت نفقة وكذا فى جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة (قوله ووجهه ان كفايتها الخ) ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أعم منه قال

وقوله (ولا يفرض لاكثر من خادم واحد) ظاهر

بعضهم

وقال أبو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى أحدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله فى الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهى قد تكتفى بخدمة نفسها (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استدينى عليه) وقال الشافعى يفرق

بعضهم المملوك فلو لم يكن لا تستحق وقال بعضهم كل من يخدمها حرة كانت أو أمة لها أو لغيرها وفى الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الاشراف ويوافقه ما قيده به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال فى أدب القاضى فرض ما تحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا أخبز ولا أعجن ولا أعالج شيأ من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج أن يأتى عن يكفيها عمل ذلك وقال الفقيه هذا اذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها عن يفعله وفى بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسى لا تجبر ولكن اذا لم تطبخ لا يعطيها الادام وهو الصحيح وقالوا ان هذه الاعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضى على ما سنذكره أيضا ان شاء الله تعالى (قوله وقال أبو يوسف لخادمين) وهكذا ذكر فى فتاوى أهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب (قوله ولانه لو تولى) أى الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن أبى يوسف فى الاقضية لو قال الزوج أنا أخدمها عن أبى يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن أبى يوسف فى رواية أخرى اذا كانت فائقة فى الغنى زفت اليه مع خدم كثيرا استحقت نفقة الكل عليه وهى رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوى (قوله خلافا لما يقوله محمد رحمه الله) وهو انه اذا كان لها خادم يفرض لها لانها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا ووجه الظاهر انها بحيث تكتفى بخدمة نفسها وانما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه الا حالة اليسار لان المعسر انما يلزمه أدنى الكفاية فقط وهذا يخالف ما ذكره المصنف من لزوم اعتبار حالهما وانه عند اعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقى دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا تجب لها نفقته لان استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها الى نفقة الخادم انما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضى اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم فى بيت المال والغازى اذا شهد الوقعة بلا فرس وأغنى غناء الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله أعلم ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا وفى التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهرى فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لانك استخدمتهم فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لانه بأمرها (قوله ومن أعسر بنفقة امرأته الخ) بقولنا قال الزهرى وعطاء وابن يسار والحسن البصرى والثورى وابن أبى ليلى وابن شبرمة وحماد بن أبى سليمان والظاهرية ومعنى الاستدانة أن تشترى الطعام على أن يؤدى الزوج ثمنه وقال الخصاف الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج وبقول الشافعى قال مالك وأحمد فى ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعى وأحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه فى نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ما ذكر فى النهاية حيث قال ثم اعلم ان ظهور العجز عن النفقة انما يكون اذا كان الزوج حاضرا أما اذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها

وقوله (وقالوا) يعنى المشايخ (إن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم) واليسار ههنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة وقوله (وهو أدنى الكفاية) يعنى تنقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن فى حق الادام دون الخبز وأعلى الادام اللحم وأوسطه الزيت وأدناه الملح أو اللبن وقوله خلافا لما قاله محمد) يعنى ما قاله محمد ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا وقوله لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية دليل الاصح (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استدينى عليه) أى اشترى الطعام نسيئة على ان تقضى الثمن من مال الزوج (وقال الشافعى يفرق

لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول أقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

نفقة فرفعت الامر الى القاضي فكتب القاضي الى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الامام أبو الحسن السغدي نعم اذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة في هذا الجواب نظر والصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر فأمضاه جاز قضاؤه والصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الامام الاستروشني فتكون الشهود علمت مجازفتهم فلا يقضي بها كما ذكر ظهير الدين واعلم أن الفسخ اذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق اثبات عجزه يعني فقره ليجيء ما قال وهو أن تتعذر النفقة عليها قال القاضي أبو الطيب من الشافعية اذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ قال في الحلية وهو وجه جيد فلا يلزم مجيء ما قال ظهير الدين (قوله لانه عجز الخ) استدلوا بالمنقول والمعقول أما المنقول فما في سنن النسائي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وساق الحديث الى أن قال وابدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك يقول اطعمني واستعملني وولدك يقول اطعمني الى من تتركني هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن أبي أيوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطني حدثنا أبو بكر الشافعي حدثنا محمد بن بشر بن مطر حدثنا شيبان بن فروخ حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني أو طلقني الحديث وقال الدارقطني حدثنا حماد بن أحمد السماك وعبد الباقي ابن قانع واسماعيل ابن علي قالوا أخبرنا أحمد بن علي الخزاز حدثنا اسحق بن ابراهيم البارودي حدثنا اسحق بن منصور حدثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وقال سعيد بن منصور في سننه حدثنا سفيان عن أبي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنته صلى الله عليه وسلم وغايته أن يكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وأنتم تقولون بالمرسل مطلقا وأما المعقول فالقياس على الجب والعنة بل أولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت وأيضا منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها أولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا أعسر بنفقته (قوله ولنا) المنقول والمعنى أما المنقول فقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة أن تكون دينا في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانظار بالنص وأما المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه واذا دار الامر بينهما كان التأخير أولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج ولا نفقة المملوك تصير دينا على المالك ويخص المملوك أن في الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على

أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى من الجماع لان انقطاع الاول مدة مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق (ولنا ان حقه) بالتفريق (يبطل) اذ لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتأخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفى في الزمان الثاني (والاول أقوى في الضرر) فيتحمل أدنى الضررين لدفع الاعلى وقوله (وفوت المال وهو تابع) جواب عن القياس على الجب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع فان قيل لا فائدة في الاذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه أجاب بأن فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض انه يمكنها

قال المصنف (وفائدة الامر بالاستدانة الخ) أقول وسيجيء له فائدة أخرى بعد سطور

احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج (واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار

أنها لو كانت أم ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه وأما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوي كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل قال ربيعة بن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع إصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثا قال ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربعا من أصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل ارشها قال انه السنة قال الطحاوي لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمي قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن أبي هريرة موقوفا عليه هذا بعد تسليم صحته والا فقد روي عن سعيد كقولنا فاضطرب المروي عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر وأما المروي عن أبي هريرة مرفوعا عند النسائي والدارقطني فلا شك في أن رفعه غلط وانما هو من قول أبي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الصدقة ما ترك غنى وفي لفظ ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول تقول المرأة اما أن تطعمني واما أن تطلقني ويقول العبد أطعمني واستعملني ويقول الولد أطعمني الى من تدعني قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبي هريرة فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس في قول أبي هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على أحد الامرين عندنا وهو الاتفاق فعلى هذا لو سلم انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الارشاد الى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل وأشهدوا اذا تبايعتم يعني ينبغي أن يبدأ بنفقة العيال والا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا وأما ما تقدم من رواية الدارقطني عن أبي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي وروايته ذكره ابن القطان في الوهم والايهام (قوله احالة الغريم على الزوج) أي وان لم يرض الزوج وفي التحفة فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج وهذا لان الاستدانة ايجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهي أنها لا تسقط بموت أحدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وفي شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسرا وأخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الاخ بالاتفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا أيسر ويحبس الابن أو الاخ ان امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكنز تبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب (قوله تمم لها نفقة اليسار) هكذا مشى عليه أيضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض فان ما ذكره أول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي ولو كان فرض على قدر حاله وحالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها أن

احالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج) واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصل مجتهد فيه ما في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض فأمضاه فالصحيح أنه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار

وقوله (وماقضى به) جواب عمايقال ينبغى ان لا يتم لهانفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقريره ماقضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيأفشيأ وتقدير ماليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جازلها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر لان مالا يكون لازما فلدوامه حكم الابتداء على ماعرف وذلك لايجوز فلابد من التغيير وكذلك حكم عكس هذه المسئلة وقوله (واذا مضت مدة) ظاهر وقوله (على مامر من قبل) يريد قوله لان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل ماتقدم يدل على أنهاليست بعوض عن البضع لكن لاينافى أن تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لماصح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا فى ملكه وذلك لايوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لماوجبت على المكاتب أجيب بانهاصلة من وجه وماهذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انهاصلة لايستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لاتوجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح فيها بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضى وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض (وان مات الزوج بعدماقضى عليه بالنفقة) وما كان أمرها بالاستدانة عليه (ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك اذاماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض) وانماقيدنا بقوله وما كان أمرها بالاستدانة لانه اذا أمرها بذلك لم تسقط بموت أحدهما لان القاضى لما أمرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولواستدان بنفسه لم تبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضى فان قيل القياس على الهبة قبل القبض للاستحقاق

وماقضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها (واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلاشئ لها الا ان يكون القاضى فرض لها النفقة أوصالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة مامضى) لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على مامر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لاتوجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضى بخلاف المهر لانه عوض (وان مات الزوج بعدماقضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة) وكذا اذاماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض

تطالبه بأن يزيد فى الفرض ولو كان على قلبه كان للزوج أن ينقص (قوله وماقضى به تقدير لنفقة لم تجب) لان النفقة تجب شيأفشيأ فى المستقبل فلا يتقرر حكم القاضى فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله (قوله لم ينفق عليها) بأن غاب عنها أو كان حاضرا وامتنع والحاصل ان نفقتها لاتثبت دينا فى ذمته الا بقضاء القاضى بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار فى ذمته دينا اذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد وفى رواية أخرى وهو قول مالك والشافعى تصير دينا عليه الا إن كانت أكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضى عند مالك والشافعى فى الاصح (قوله لانها صلة) أى من وجه (قوله وليست بعوض) أى من كل وجه بل هى عوض من وجه دون وجه وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح أمر المعيشة والاستئناس هى عوض ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وأمور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقيم التكاليف الشرعية هى صلة كرزق القاضى والمفتى فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها أو اصطلحا الان ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضى عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر فى الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة مادون الشهر لا تسقط فكأنه جعل القليل مما لايمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمضى يسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ أصلا وهذا حق وقد تقدم الوجه وقوله فى الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ماحملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهى تجحد فأقام البينة لانفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل أن يقول ينبغى أن تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والافلا يخفى مافيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة مع حبسها (قوله وان مات الزوج بعدماقضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت) هذا تقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما وأطلقه فشمل ما اذا كان القاضى أمرها بالاستدانة أو لم يأمرها فوافق قول الخصاف والصحيح ماذكر الحاكم الشهيد انه اذا كان أمرها بالاستدانة لاتسقط بالموت لان الاستدانة بأمر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها اليه وهو القاضى فكان كاستدانته أى الزوج بنفسه فلا تسقط بموت أحدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لاتسقط (قوله لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت) فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضى وجعلتموه مؤكدا

غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط ماليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد أجيب
بأن معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة أن يجب المال بمقابلة ماليس بمال وهذه كذلك فقلنا

وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه (وان أسلفها نفقة السنة) أى عجلها (ثم مات لم يسترجع منها شئ وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقى فهو للزوج) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع فى الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما فى الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شئ منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه لا يسترجع منها شئ لانه يسير فصار فى حكم الحال (واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها) ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب فى ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة فى العبد التاجر وله ان يفدى لان حقها فى النفقة لا فى عين الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل

للاستحقاق كالقبض فى الهبة فينبغى أن يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا أثر الموت فى سقوطه بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان أقوى فى ابطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفى حال الحياة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها ﴿فرع﴾ ابراء الزوجة من النفقة هل يصح و يلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضى فرضها كل شهر كذا وكذا صح فى الشهر الاول فقط وكذا لو قالت أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضى اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض مهما يتجدد الشهر فما لم يتجدد لم يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو أبرأته بعد ما مضى أشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر (قوله وما بقى للزوج) فترده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفى نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا تسترد بالاتفاق لان العدة قائمة فى مونه كذا فى الاقضية (قوله ولا رجوع فى الصلات بعد الموت) بخلاف القاضى ونحوه لان تصرف الامام فى بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر أن يؤخذ منه ويعطى لمن يلى بعده من القضاة (قوله وعن محمد) وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلهذا وضعها فى السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد ولذا لو قبضت نفقة أشهر فمات أحدهما والباقى شهر فأقل لا يرجع بشئ وفى الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضى المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها النفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وهل يقاس على الموت قال الحلوانى فيه كلام وفى الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلوانى قال المختار عندى لا تسقط (قوله فنفقتها دين عليه) أى اذا قضى القاضى بها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضى ظهر السبب فى حقه أيضا فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشترى الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة بعد أخرى الا فى دين النفقة لانها تجدد شيأ فشيأ على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر فى حق السيد فهو فى الحقيقة دين حادث عند المشترى واما اذا لم يعلم المشترى بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه (قوله باذن المولى) لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم

بسقوطها بعد القضاء بالموت قال فى الايضاح انها وان صارت دينا عليه لكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض وقوله (وقال الشافعى) ظاهر وقوله (وجوابه قد بيناه) اشارة الى ما تقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع قال (وان أسلفها نفقة السنة) يعنى اذا عجل لها نفقة السنة ثم مات أو ماتت قبل مضى المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشئ فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقى للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعى ووجه كل من الجانبين ماذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (لانه يسير فصار فى حكم الحال) يعنى اذا أخذت النفقة الواجبة فى الحال لا تسترد بالموت فكذا لا تسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر وقوله (واذا تزوج العبد حرة) ظاهر قال شمس الائمة السرخسى فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى بيع ثانيا وليس فى شئ من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجودها بمضى الزمان فذلك فى حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة ولا يؤاخذ المولى بشئ لفوات محل الاستيفاء وكذا اذا قتل

وقوله (في الصحيح) احترازعن قول الكرخي انها تكون في قيمته قال الشيخ أبو الحسن القدوري الصحيح أن تسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى والنفقة

فيما تتعلق بالكسب (وان تزوج الحر امة فبوأها) ظاهر وقوله (فلا نفقة لها لعدم الاحتباس) قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل صداقها فينبغي أن لا تسقط وأجيب بأن الحرة اذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء مالزمه وأما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج وقوله والتبوئة غير لازمة جواب سؤال تقديره لما بوأها مرة يجب عليه أن يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرير الجواب التبوئة غير لازمة (على ما مر في النكاح) أي في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بوأها ثم بدا له أن يستخدمها كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح وقوله (ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها) ظاهر (وأم الولد في هذا) أي في عدم وجوب النفقة (والمدبرة كالامة) ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى فهي كالحرة فلا تحتاج الى التبوئة لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها (لصيرورتها أخص بنفسها و بمنافعها بعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة ﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال (وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا أن تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى

في الصحيح لانه صلة (وان تزوج الحر أمة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة) لانه تحقق الاحتباس (وان لم يبوئها فلا نفقة لها) لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها و بينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية أحيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وأم الولد في هذا كالامة والله تعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ (وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا ان تختار ذلك) لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى

الصحة ولو دخل بها طواب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشئ لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا أو مكاتبا أو ولد أم ولد لا يباع بالنفقة لعدم جواز البيع الا أن المكاتب اذا عجز يباع حينئذ لانه حينئذ قبل النقل هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لان أمه ان كانت أمة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تجب نفقة حر على مملوك ولا على مولاه لان ولده أجنبي منه وكذا المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه (قوله في الصحيح) احترازعما عن الكرخي انها تنتقل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ أبو الحسين القدوري هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقام مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت (قوله وان تزوج الحر أمة) قيد الحر اتفاقي لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوئة وانما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بطريق الاولى فانه اذا لم تجب على الحر الذي هو أدخل في أهلية وجوب المال عليه يلزم ان لا تجب على من ذكر (قوله لعدم الاحتباس) أي من الزوج والمنع من السيد وان كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها لنفسها لحقها كالمهر فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك (قوله والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح) في باب نكاح الرقيق ولا شك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه فاذا بوأها فقد ترك حقه ما دام لم يستردها واستردادها بعد ذلك ليس رجوعا فيما أسقط بل طلب حقه فيما يستقبل أو الحال وله ذلك ولذا كان له أن يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا فكلما استردها سقطت فاذا رجع فبوأها وجبت ولو خدمت المولى أحيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد (قوله والمدبرة وأم الولد في هذا) أي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة (كالامة) ولم يذكر معهما المكاتبة لانها في استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة

﴿فصل﴾ (قوله ليس فيها أحد من أهله) واما أمته فقيل أيضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه محتاج الى استخدامها في كل وقت فاذا أفردها في بيت لا يتمكن من ذلك غير انه لا يطؤها بحضرتها

﴿فصل﴾ وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة

مقرونا بالنفقة وإذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها (وان كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها) لما بينا ولو أسكنها فى بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل (وله ان يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها) لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه (ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها فى أى وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم وليس له فى ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار والدوام لان الفتنة فى اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة وفى غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح

بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة (قوله مقرونا بالنفقة) فى قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وكذلك قرأ ابن عباس والسكنى بالملك أو الاجارة أو العارية واجبة اجماعا (قوله ليس له أن يسكنه معها) قيل الا أن يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله اسكانه معها (قوله ولو أسكنها فى بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها) اقتصر على الغلق فأفاد انه وان كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضى الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد من كون المراد كون الخلاء مشتركا بينهم وبين غير الاجانب والذى فى شرح المختار ولو كانت فى الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو مع أحد من أهله ان أخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها أن تطلب بيتا ولو شكت انه يضربها أو يؤذيها ان علم القاضى ذلك زجره وان لم يعلم سأل من جيرانه فان لم يوثق بهم أو كانوا يميلون اليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضى على خبرهم (قوله لما فيه) أى المنع من المكالمة (من قطيعة الرحم) فى الصحيح لا يدخل الجنة قاطع وفيه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرحم شجنة من الرحمن قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته والشجنة بكسر الشين وضمها قال أبو عبيد قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابى يعنى بالشجنة الوصلة (قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها فى كل جمعة) ظاهر الخلاصة ان فى كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولهما فانه قال فى الفتاوى للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال وما هو فى معنى الاربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة وفى رواية والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة الابوين فى كل جمعة وفى زيارة غيرهما من المحارم فى كل سنة وكذا اذا أراد أبوها وقريبها أن يجىء اليها على هذا الجمعة والسنة انتهى وقوله هو الصحيح احتراز عما ذهب اليه ابن مقاتل من أنه لا يمنع المحرم من الزيارة فى كل شهر وعن أبى يوسف فى النوادر تقييد خروجها بأن لا يقدرا على اتيانها فان كانا يقدران على اتيانها لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج اليهما وقد أشار الى نقله فى شرح المختار والحق الاخذ بقول أبى يوسف اذا كان الابوان بالصفة التى ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغى ان يأذن لها فى زيارتهما فى الحين بعد الحين على قدر متعارف أما فى كل جمعة فهو بعيد فان فى كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا اذا كانت شابة والزوج من ذوى الهيئات بخلاف خروج الابوين فانه أيسر ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو محتاج الى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تعصيه مسلما كان الاب أو كافرا وفى مجموع النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت

مقرونا بالنفقة) حيث قال أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفى قراءة ابن مسعود أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم (واذا وجب السكنى حقا لها فليس له أن يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع) وكلامه واضح وقوله (وهو الصحيح) احتراز عن قول محمد ابن مقاتل الرازى فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة فى كل شهر

قال المصنف (وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين الخ) أقول وفى مجموع النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام قال ابن الهمام وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضيخان قال فى فصل الحمام من فتواه دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا الى آخر ما قاله

(واذاغاب الرجل وله مال فى يدرجل يعترف به و بالزوجية فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجة الغائب و ولده الصغار و الديه وكذا اذاعلم القاضى ذلك ولم يعترف به) لانه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر أن حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول فى حق نفسه لاسيما ههنا فانه لو أنكر أحد الامرين لاتقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم فى اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم فى اثبات حقوق الغائب

كانا عاصيين وتمنع من الحمام فان أرادت أن تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك لايسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها أن تخرج من غير رضاه وان لم يكن لها نازلة ولكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلاة ان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكرمعها له أن يمنعها وان كان لايحفظ الاولى أن يأذن لها أحيانا وان لم يأذن فلاشئ عليه ولايسعها الخروج مالم يقع لها نازلة وفى الفتاوى فى باب القراءة المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج فى حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان أعطاها المهر ليس لها الخروج الاباذن الزوج ولاتسافر مع عبدها خصيا كان أو فحلا وكذا أبوها المجوسى والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر أو اثنتاعشرة سنة ولاتكون المرأة محرما لامرأة وحيث أبحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى مالايكون داعية الى نظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولاتبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه فيه قاضيخان قال فى فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف فى منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها فى النسائى والترمذى وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلايدخل الحمام الابمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلايدخل حليلته الحمام وعن عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء أمتى رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد وورد استثناء النفساء والمريضة رواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلايدخلنها الرجال الابالازار وامنعوها النساء الامريضة أو نفساء وفى سندهما عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الافريقى وهو مختلف فيه قال أحمد ليس بشئ قال ابن حبان يروى الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذرى وفيما قاله نظر لم يذكره البخارى فى كتاب الضعفاء وكان يقوى أمره و يقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطنى ليس بالقوى و وثقه يحيى بن سعيد وروى عباس عن يحيى بن معين ليس به بأس وقال أبو داود قلت لاحمد بن صالح أيحتج به يعنى عبد الرحمن بن زياد فقال نعم (قوله يعترف به و بالزوجية) فى حق الزوجة كان ينبغى أن يزيد و بالنسب فى الولد والوالد لانه رتب على ماذكر من الاعتراف قوله فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجة الغائب و ولده الصغار ووالديه (قوله وكذا اذا علم القاضى ذلك) أى كلا الامرين اما لو علم أحدهما احتاج فى القضاء بالدفع اليهم الى اقرار من عنده أو عليه فى الصحيح دون البينة (قوله واقرار صاحب اليد مقبول فى حق نفسه لاسيما هنا) فانه أولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها مما فى يده أو عليه اذا كان دينا وذلك لانه لاطريق الى اثبات حق الاخذ لها مما فى يده أو عليه اذا كان دينا الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولاسيما مركب من لا النافية للجنس ومنفيها وهو سى و معناه المثل قال الشاعر

فاياكم

(واذاغاب الرجل وله فى يد رجل مال يعترف به و بالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجته و ولده الصغار و والديه) وان لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضى ذلك فكذلك لانه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر بأن لها حق الاخذ لان لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة أبى سفيان واقرار صاحب اليد مقبول فى نفسه لاسيما ههنا فان اقراره ههنا أشد قبولا من اقرار صاحب اليد فى غير هذا الموضع لتعين طريق اثبات الحق فى اقراره لعدم اثباته بالبينة (فانه لو أنكر أحد الامرين من الزوجية أو الوديعة لاتقبل بينة المرأة فيه) أى فى أحد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة فالمرأة ليست بخصم فى اثبات حقوق الغائب

(قوله لتعين طريق اثبات الحق) أقول أى عند القاضى (قوله لعدم اثباته الخ) أقول أى لعدم امكان اثباته

وإذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكون ما أقر به ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا أحضر صاحب الدين غريما للغائب أو مودعا له وهما معترفان بثبوت دين المدعي على الغائب فان القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الوديعة والدين وأجيب بأن أمر القاضي في حق الغائب انما هو للنظر له وفي الامر بالانفاق على المرأة ذلك ابقاء لملكه وليس في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضي ان يأمر المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلأن يجوز بعلمه الذي لا يحتمله أولى وكذا اذا كان المال في يده مضاربة لانه أمانة من وجه وكذا اذا كان دينا وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من

واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقها أما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب وأما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه **قال** (ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج

فإياكم وحية بطن واد * هموس الناب ليس لكم بسي

أي بمثل ولا شبيه وهو واحد سيان من قولك هما سيان وأصله سوى قلبت الواو ياء اما لسكونها بعد كسرة أو لاجتماعها مع الياء وسبق احداهما بالسكون فان جررت ما بعدها كزيد مثلا في قولك أكرمني القوم لاسيما زيد فهو على أن سيا مضاف الى زيد وما زائدة مقحم كقوله

كل ماحي وان أمروا * واردوا الحوض الذي وردوا

وان رفعته فعلى أن سيا يضاف الى ما وهو موصول اسمي حذف صدر صلته والتقدير لا مثل الذي هو زيد وجاز كونه مضافا مع أن اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الاصل في الجر بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع لان زيادة ما أوسع من حذف المبتدا مع ما ينضم اليه من كونه في خصوص ذلك الموقع وقد يقال زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع فتكافآ وأما نصب ما بعدها فقال ابن الدهان صاحب الغرة لا أعرف له وجها وعن هذا لم يذكر ابن معط في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر والرفع وذكر بيت امرئ القيس

ألا رب يوم لك منهن صالح * ولا سيما يوم بدارة جلجل

بالوجهين ولم يذكر فيه النصب لكن قد روى النصب فيه أيضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول وقيل بمجموع لا سيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذي يقتضيه الا فيها هو الاخراج من ذلك الحكم باثبات ما هو أبلغ منه فاذا قلت أكرمني القوم لا سيما زيد فقد أثبت له أبلغ من اكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف احدى الياءين فقيل الاولى لانها ساكنة وهو أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى وقيل الثانية لانها لام والاعلال في اللام أولى (**قوله** واذا ثبت في حقه) باقراره ان حق الاخذ لها مما في يده (تعدى الى الغائب ضرورة) أورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما اذا جاء صاحب الدين بمودع أو بمديون للغائب معترف بالدين والوديعة فانه لا يقضي عليه بالدفع الى صاحب الدين وأجيب بأن القضاء يتبع النظر للغائب ففي الامر بالانفاق نظر له بابقاء ملكه الثابت بالنكاح وابقاء ما هو في معنى نفسه أعني قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير (**قوله** فانه لا يباع على الحاضر) حتى

جواز فرض القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم أو دنانير أو طعاما أو كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة أما اذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق أما عند أبي حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغائب بل بالطريق الاولى وأما عندهما فان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع فلا يقضي على الغائب لعدم ذلك **قال** (ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب) من عنده المال اذا اعترف به وبالزوجية يتطر القاضي فيحلفها انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة وأخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ابقاء نفقتها فان اتفق ذلك كان الزوج مخيرا في اخذ ما شاء من المرأة والكفيل وكلامه واضح

(**قوله** وأجيب بأن أمر القاضي الى قوله بازالة ملكه) أقول وفيه اعتراف باحتياج ما ذكر في مقام التعليل الى ضميمة ليستم (**قوله** بالانفاق عليها بالبينة الخ) أقول فيه بحث لما تقدم آنفا ان طريق اثبات الحق هنا منحصر في اقراره والجواب ان مراده بالبينة هو اقرار المودع (**قوله** وقوله وهذا أي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة الخ) أقول للزوجة أو الولد أو الوالدين على تقدير اعتراف المودع أو المضارب أو المديون بكلا الامرين أو علم القاضي بذلك وهذا معنى قول المصنف كله كما لا يخفى (**قوله** امتناعه المشروط) أقول قوله المشروط صفة الامتناع

(ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الالهؤلاء) يعنى زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه أما غيرهم من المحارم كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضى بنفقتهم فيه ووجه الفرق ماذكره فى الكتاب وقوله (لانه مجتهد فيه) قيل لان الشافعى لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سيأتى وقوله (ولولم يعلم القاضى بذلك) متصل بقوله وكذا اذا علم القاضى بذلك وقوله (و) لو (لم يكن) يعنى الرجل (مقرابه) متصل بقوله يعترف به وبالزوجية وقوله (فاقامت البينة على الزوجية) يعنى فى الصورتين اذا كان ثمة وديعة ولكن ينكر الزوجية أو أقامتها ليفرض القاضى نفقة فيما اذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضى بالزوجية وكلامه ظاهر وقوله (فى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها) من تلك الاقاويل ماذكروه من قولهم اذا جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما والمال فى يده فقد كان أبو حنيفة يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل (٣٣٨) بينتها ومنها ما اذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضى ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجب الى شئ من ذلك لان هذا قضاء على الغائب وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قولهما وأما قول أبى حنيفة الاول وهو قول زفر يجيبها الى ذلك وهو المذكور فى الكتاب وان كان للغائب دين أو وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضى يأمر أولا بالانفاق من الوديعة لان القاضى نصب ناظرا ونظر الغائب فى البداءة بالوديعة لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين

ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظرا للغائب قال (ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الالهؤلاء) ووجه الفرق هو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضى ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضى اعانة لهم أما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولولم يعلم القاضى بذلك ولم يكن مقرابه فأقامت البينة على الزوجية أولم يخلف مالا فأقامت البينة ليفرض القاضى نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضى القاضى بذلك لان فى ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضى فيه لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان أقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها

لو امتنع عن أداء الدين وعنده أموال غير الاثمان لا يبيع عليه القاضى بل يأمره أن يبيع هو ويقضى فان لم يفعل حبسه أبدا حتى يبيع لان البيع عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر اذا امتنع من البيع (قوله ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة) ثم اذا جاء الغائب فهو على حجته فى اعطاء النفقة وفى كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعا أصله حديث هند امرأة أبى سفيان المتقدم وعن هذا قلنا لو كان للغائب مال حاضر فى بيته والقاضى يعلم الزوجية أطلق الاخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل ايفاء والايفاء لا يمتنع بسبب الزوجية ألا يرى ان من أقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضى الايفاء منه اجابه الى ذلك (قوله الالهؤلاء) وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ويستدرك عليه الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب (قوله فنفقتهم انما تجب بالقضاء) لا شك ان الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه ان ينفق عليهم إذا كانوا فقراء ديانة وانما المراد انه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى ان لا تجب النفقة فلا يعين عليه قول الوجوب الا القضاء به فينتفى تأويله ويتقرر فى ذمته ويجبر عليه اذا امتنع وفى الكافى لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضى ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضى يأمر بالانفاق من الوديعة أولا لانه أنظر للغائب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة (قوله وفى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها) منها قول أبى حنيفة والافلس للقاضى ايجاب مالم يكن أوجبه الشرع لانه يكون قد شرع وليس ذلك لغير رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال المصنف (ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظرا للغائب) أقول وفى غاية البيان ولم يحتل بها ولا أبرأته منها اه وفيه بحث الا أن يراد الابراء فى صورة الاختلاع قال المصنف (اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء) أقول قال تاج الشريعة يعنى ان الاداء انما يجب به أما نفس الوجوب فثابت عندنا اه (قوله وفيه نظر سيأتى) أقول يعنى سيأتى بعد ورقتين ولعل وجه النظر انها ثابتة بالدليل القطعى وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فخلاف الشافعى رحمه الله لا يعتد به كخلاف ابن المسيب فى التحليل بالنكاح وخلاف الشافعى فى حل متروك التسمية عامدا وسيصرح الشارح ان الآية دليل قطعى فى ذلك فى العتاق قال المصنف (ولولم يعلم القاضى الخ) أقول ولو علم القاضى بالزوجية دون المال واعترف المودع بالمال دون الزوجية ينبغى ان يفرض النفقة ولم أر بعد عين المسئلة (قوله يعنى فى الصورتين) أقول بل ذلك فى الصورة الاولى وأما اقامتها فى الصورة الثانية فيجىء أيضا عقيبه (قوله ومنها ما اذا لم يكن للزوج الخ) أقول فيه تسامح والمراد ظاهر

﴿فصل﴾ (واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا) وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا أما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع

حنيفة أولا إذا جحد المديون أو المودع الزوجية تسمع بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى بيتا في يد انسان انه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع الى انها لا تقبل منه وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر رحمه الله من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها اذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ثم رجع الى قولهما وقول زفر في ذلك متقرر ونقل مثل قول زفر عن أبي يوسف ففتوى عمل القضاة لحاجة الناس الى ذلك ﴿فروع﴾ في الفتاوى امرأة قالت ان زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلا بالنفقة قال أبو حنيفة ليس لها ذلك وقال أبو يوسف آخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه الفتوى فلو علم انه يمكث في السفر أكثر من شهر أخذ عند أبي يوسف الكفيل بأكثر من شهر وعن أبي يوسف أيضا لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كل شهر أو ما بقي النكاح بينهما صح وقال أبو حنيفة هو على شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وان لم تكن واجبة ولو طلقها رجعيا أو بائنا والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لان العدة من أحكام النكاح

﴿فصل﴾ (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة) وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة إذ لا بينونة عنده بغير ذلك (الا ان تكون حاملا) فان في بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من سبيل فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وأمرها ان تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك فاذا حللت فآذنيني قالت فلما حللت ذكرت له ان معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة ابن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به وأخرجه مسلم أيضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه أيضا وقال فيه ان أبا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقها وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على انه أوقع واحدة هي تمام الثلاث وأمر لها الحرث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة الا ان تكوني حاملا فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد أبو داود في هذا باسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبي ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك الا ان تكوني حاملا وفي شرح الكنز نسبه الى مسلم لكن الحق ما علمت وفي رواية لمسلم ان أبا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب ان شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع في بيانها بعد (٣٣٩) المفارقة (واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة) وهي التي طلقها الزوج ثلاثا أو طلقها بعوض وان كانت واحدة (الا اذا كانت حاملا أما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء) كما تقدم (وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس الخ) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقوله (لانا عرفناه) أي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل

(فصل) واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة قال المصنف (اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم) أقول فيه ان الزوجية زائلة عند الشافعي رحمه الله لوجود القاطع على ما مر في آخر باب الرجعة (قوله والدليل على انه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغياة الخ) أقول فيه ان مفهوم الغاية غير معتبر عند الحنفية على ما سيصرح به الشارح في كتاب البيع وان صرح غيره بخلافه والاولى أن يستدل برجوع الضمير الى المطلقات فان سباق النظم فيهن الا أن يكون المراد الالزام

وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها

ضد كل من هذه الامور رأما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سنذكر مع انه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امرأة ولا كون الراوي اعرابيا فقد قبلوا احديث فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع انها لا تعرف الا في هذا الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فانها تعرف بذلك الخبر وبخبر الدجال حفظته مع طوله ووعته وأدته ثم قد ظهر لها من الفقه ما أفاد علما وجلالة قدر وهو ما في صحيح مسلم من ان مروان أرسل اليها قبيصة بن أبي ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني و بينكم القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة الى قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فأي أمر يحدث بعد ذلك فكيف تقولون لا نفقة لها اذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابي وحده وهو اعرابي فجزمنا ان رد عمر وغيره لخبرها ليس الا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له وقد استقر الحال عليه بعد وفاته صلى الله عليه وسلم بين السلف الى ان روت فاطمة رضي الله عنها هذا الخبر مع ان عمر رده وصرح بالرواية بخلافه في صحيح مسلم عن أبي اسحق قال كنت مع الاسود بن يزيد جالسا في المسجد الاعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فأخذ الاسود كفا من حصا فحصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندري حفظت أم نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فقد أخبر ان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى ولا ريب في أن قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف اذا كان قائله عمر رضي الله عنه وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى وقصارى ما هنا ان تعارض روايتها بروايته فأي الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن منصور حدثنا أبو معاوية حدثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضي الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة فهذا شاهد على انه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والثقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع الصحابة ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة ألم ترى الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت فقال ألم تسمعي الى قول فاطمة فقالت أما انه لا خير لها في ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة أعلم بأحوال النساء فقد كن يأتين الى منزلها ويستفتين منه صلى الله عليه وسلم وكثر ونكر ر وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لفاطمة ألا تتقي الله تعالى تعني في قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضي اسمعيل حدثنا نصر بن علي حدثني أبي عن هرون عن

النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة وأجيب بأن الفائدة رفع الاشتباه وبيانه ان الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء وكان يشتبه بأن الحامل أيضا تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن وقوله (ولا ندع كتاب ربنا) يريد به قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملك به أما الاسكان فانه قد يملك اسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الانفاق من غير ملكه وكان تقديره والله أعلم ما تلاه ابن مسعود وأنفقوا عليهن من وجدكم وقوله (سنة نبينا) يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة وقوله (ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة ابن زيد) هو زوج فاطمة الراوية فان أسامة كان اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شئ في يده وقالت عائشة تلك المرأة فتنت العالم أي بروايتها هذا الحديث

وقوله (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) ظاهر

محمد بن اسحق قال أحسبه عن محمد بن ابراهيم ان عائشة قالت لفاطمة بنت قيس انما أخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على أحمائها وكثر الشر بينهم فأخرجها عليه الصلاة والسلام لذلك ويفيد ثبوته عن عائشة ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة وأعظم متتبع لاقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما في أبي داود من حديث ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن أم مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند نفسه وكذا هو والله أعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه أبو داود في سننه عنه وممن رده زوجها أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن أبي هرمز عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن أسامة بن زيد يقول كان أسامة اذا ذكرت فاطمة شيأ من ذلك يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى هذا مع انه هو الذي تزوجها بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزله حتى بنى بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بأن ذلك غلط منها أو لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن أو خيفة المكان وقد جاء ذلك أيضا ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث أسامة فاستغربه والله الميسر وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب قال أخبرنا أبو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فأنكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل أن تحل وفي معجم الطبراني بسنده عن إبراهيم أن ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة وأخرج الدارقطني عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلاثا لها النفقة والسكنى قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع أو كان عن الليث عن أبي الزبير وحرب بن أبي العالية أيضا لا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه وقفه على جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يرد قول من ذكر ان جابرا على قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن وأما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها انه طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته وفي بعضها ان خالد ابن الوليد ذهب في نفر فسألوه صلى الله عليه وسلم وفي بعض الروايات سمي الزوج أبا عمرو بن حفص وفي بعضها أبا حفص بن المغيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبي والحسن بن حي والاسود بن يزيد وممن بعدهم الثوري وأحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فان قيل هذا العذر بتقدير ثبوته انما أسقط تلك السكنى والحال انه صلى الله عليه وسلم قال لها لا نفقة لك ولا سكنى قلنا ليس علينا أولا أن نشتغل ببيان العذر عما روت بل يكفي ما ذكرنا من انه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولم روى عمر في تركه كائنا هو في نفسه ما كان الا أن الاشتغال بذلك حسن حملا لمرويها على الصحة ونقول فيه ان عدم السكنى كان لما سمعت وأما عدم النفقة فلان زوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند أحد سوى الشعير الذي بعث به اليها فطالبت هي أهله على ما في مسلم من طريق انه طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال صلى الله عليه وسلم لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لانه لم يخلف مالا عند أحد وليس يجب لك على أهله شئ فلا نفقة لك على أحد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه صلى الله عليه وسلم فجعلت تروي نفي النفقة مطلقا فوقع انكار الناس عليها ثم ان في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد

ألا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيأ فشيأ ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها فى ملك الورثة (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم فى حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر (وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها) من نفسها (فلها النفقة) معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم ان المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية انما هى فى البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية فى غير المطلقات أو فى الرجعيات كان التقدير أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم انه لا معنى حينئذ لجعل غاية إيجاب الانفاق عليها الوضع فان النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت أو لا وضعت حملها أو لا بخلاف ما إذا كانت فى البوائن فان فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل فى تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فانه عام فى المطلقات وقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذكر حكم خاص ببعض ما يتناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر (قوله ألا يرى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها) استيضاح على ان وجوبها لحق الشرع عبادة فانها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها اذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وأنت اذا أنعمت النظر فيما ذكرنا فى باب العدة فى مسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع إليه وأتقنه (قوله وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية) احترز به عما يجىء من قبل الزوج مطلقا وعما يجىء من قبلها بغير معصية فان لها النفقة فيهما والحاصل ان الفرقة اما من قبله أو قبلها ففى الاول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنته أو جبه بعد الخلوة ويشكل على ايجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه فى باب اللعان فى الحديث من انه صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته أو بايلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر أو بابائه الاسلام اذا أسلمت هى أو ارتد هو فعرض عليه الاسلام فلم يسلم لان بمعصيته لا تحرم هى النفقة وأما الثانى فاما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو بابائها اذا أسلم هو وهى وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج لها مكرهة تجب لانها حبست نفسها بحق لها أو عذرت شرعا فيه ولها السكنى فى جميع الصور لان القرار فى منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها أما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها (قوله بخلاف المهر بعد الدخول) يعنى انه يجب لها وان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب له وهو تسليم نفسها فتقرر الحق لها فيه قبل طروّ المعصية (قوله وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها) لا لعين الردة هنا لان الفرقة لم تجئ بسببها فهى وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق

وقوله (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة بأى فرقة كانت لان القرار فى البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها فأما النفقة فواجبة لها فتسقط بمعصية من قبلها وأما الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام فى مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا أخرجت للحبس من بيت العدة وأما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة (وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) والفرق ما ذكره فى الكتاب وهو واضح قال فى النهاية وهذا الذى ذكرنا كله فى الطلاق البائن والطلقات الثلاث وأما المعتدة بالطلاق الرجعى اذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشهوة وهى مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعى لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة لسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن

﴿فصل﴾ (ونفقة الاولاد الصغار على الاب لايشاركه فيها أحد كما لايشاركه فى نفقة الزوجة)

الثلاث سواء فكما لاتسقط النفقة بالتمكين هذا لاتسقط والعياذ بالله بالردة فانما تسقط فى هذه الردة اذا أخرجت وحبست اذ لانفقة للمحبوسة كما أشار اليه المصنف فى التعليل أو اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ولو حبست أو لحقت فعادت الى الاسلام ورجعت الى بيتها عاد استحقاقها النفقة وماذكر فى الجامع من قوله ولو عادت إلى بيتها مسلمة أو مرتدة عادت نفقتها بخلاف مابعد اللحاق يخالفه ماذكر فى الذخيرة لو عادت إلى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى ووفق بحمل المذكور فى الجامع على ما إذا حكم بلحاقها وما فى الذخيرة على ماقبل الحكم به بخلاف ما إذا وقعت الفرقة بالردة فانها لو أسلمت وعادت إلى منزله لاتجب لها نفقة لانها المفوتة لملك النكاح وهو لايعود بعودها إلى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها ابن زوجها فى عدة الطلاق الرجعى سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح فى الرجعى وفى شرح الطحاوى الاصل ان كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت إلى حال لانفقة لها فلها أن تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لانفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده فلو طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فأخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان أعادها الى بيت الزوج تأخذ النفقة ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فأراد أن يبوئها مع الزوج فى العدة وتأخذ نفقتها لاتجب النفقة وأورد عليه ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل فى العدة فانها تعود نفقتها وأجيب بان النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذه وهذا لايدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة مالم تدخل فى سن الاياس فتعتد بثلاثة أشهر وعن هذا قلنا لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشئ معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لايجوز لانها مجهولة لاحتمال أن تمتد الطهر بها واذا لم تطالب بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتى فى العصمة الا أن تكون مفروضة ولو أبرأته عن النفقة فى المستقبل وهى زوجة لم يصح ولو أبرأته عنها فى عقد الخلع صح لان الابراء فى الخلع ابراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز وأما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشئ قبل وجوبه لايجوز ثم القول قول المطلقة فى انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا وأنفق عليها الى سنتين فان قالت بعدهما كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وأنا حائل لم أحض وقال بل ادعيت الحبل كذبا وظهر كذبك فلا نفقة لك لايلتفت القاضى الى قوله و يأمره بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل فى سن الاياس فتعتد بثلاثة أشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلاثة أشهر وقال الفضلى لاتنقضى عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال حبلها فينفق عليها حتى تنقضى عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفى الخلاصة عدة الصغيرة ثلاثة أشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها مالم يظهر فراغ رحمها هذا فى المحيط اه من غير ذكر خلاف وهو حسن وفيها رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثانى فحضر الزوج الاول فرق بينها وبين الزوج الثانى ولانفقة لها على الزوج الاول حتى تنقضى عدة الثانى فان طلقها وهى فى عدة الثانى لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثانى مادامت فى عدة الثانى فاذا انقضت عدة الثانى تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لاتجب نفقة العدة على الزوج كذا فى الاقضية وفى الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر فى المحيط وتأويله اذا تزوجت فى بيت العدة أما اذا خرجت فلا

﴿فصل﴾ (قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لايشاركه فيها أحد) قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب إما غنى او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام أربعة الاول أن يكون

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع فى بيان نفقة الاولاد نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لايشاركه فيها غيره) فى ظاهر الرواية وقد روى عن أبى حنيفة ان النفقة على الاب والام أثلاثا بحسب ميراثهما لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظاهر

قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لان الحكم ترتب على مشتق وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس ولا يجوز أن يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولاد فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز أن يقال استدل بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذا النفقة الثابتة بهما واذا انتفى الاشتراك فاما أن يثبت على الاب أو على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول

(قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب)

الاب غنيا والاولاد كبار فاما إناث أو ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى أن يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له أن يؤاجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة أو عمى أو شلل أو ذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلواني ورأيت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها أحد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما أن يكون لهم مال أو لا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى أن يبلغ الذكر حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب أن يؤاجره وينفق عليه من أجرته وليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى أمين كما في سائر أملاكه وان كان لهم مال فاما حاضر أو غائب فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لا يجب على الاب شيء منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان أراد أن يرجع في مالهم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو أنفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن أنفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له أن يرجع الثالث أن يكون الاب فقيرا فان كانوا أغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم وان كانوا صغارا أغنياء فكذلك أيضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار أو كبار عاجزون والاب أيضا عاجز عن الكسب فالخصاف قال يتكفف الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك وكذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب ورجع على الاب اذا أيسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد أو الام أو الخال او العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا أيسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له أم موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم يكن له أب الا انها ترجع في الاول وما نقل ابن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وأم موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها على الجد وحده لجعله كالاب وبه قال الشافعي وفي نفقات الشهيد خلع امرأته وغاب عنها فطالبت عمهم فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الام الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجعان عليه اذا كان بأمر الحاكم قال القاضي هذا اذا كانت الغيبة منقطعة (قوله لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وجه الاستدلال انه أوجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولاد له لما عرف من أن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدا الاشتقاق علة له فاذا وجب نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى وحين ثبتت نفقته بطريق أولى تبين ان نفقة الوالدة هي نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها في الخدمة والتربية والرضاع حتى ان اللبن الذي هو مؤنته انما يستحيل لبنا من غذائها فايجاب نفقتها عليه ايجاب نفقته عليه اذ ليست النفقة سوى اخراج ما يحتاجه المحتاج اليه لكفايته وقد تقدم في الكتاب ما يشير الى أن نفقة الخادم من نفقة المرأة وان كانت نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سألت محمدا عن النفقة

(قوله ويجوز أن يقال استدل بالآية الخ) أقول يأبى عن الحمل على ذلك قوله فيما سيأتي أما الولد فلاطلاق النص فقال

(قوله لا يقبل الاشتراك) أقول فيه تأمل

(وان كان الصغير رضيعا فليس على الام أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الاب وأجرة الرضاع كالنفقة) فكما أنه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على

الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب أو الوجوب اذا لم يوجد من يرضعه أو لم يقبل الصغير على ثدى غيرها وهو الذى أشار اليه المصنف بقوله أما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبى عن الضياع أو هو محمول على الوجوب عليها تدينا حتى لا يجوز استئجارها على الارضاع اذا كانت فى عصمته أو عدته على ما ذكره فى الكتاب واستدل به فان قيل اذا كان بمعنى الامر وجب أن يتناول باطلاقه المنكوحة والمبانة قلت ان قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن فى المطلقات وأوجب ايتاء أجورهن عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفى ذلك ابطال عمل احدى الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن فى معناها وهى المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة فى رواية اذا كانت فى العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح

(وان كان الصغير رضيعا فليس على أمه ان ترضعه) لما بينا ان الكفاية على الاب وأجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل فى تأويل قوله تعالى ولا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه أما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبى عن الضياع قال (ويستأجر الاب من ترضعه عندها) أما استئجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا أرادت ذلك لان الحجر لها (وان استأجرها وهى زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز) لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا أقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الاجر عليه وهذا فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا فى المبتوتة فى رواية وفى رواية أخرى جاز استئجارها لان النكاح قد زال وجه الاولى انه باق فى حق بعض الاحكام (ولو استأجرها وهى منكوحته أو معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز) لانه غير مستحق عليها (وان انقضت عدتها فاستأجرها) يعنى لارضاع ولدها (جاز) لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية (فان قال الاب لا أستأجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل أجر الاجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هى أحق) لانها أشفق فكان نظرا للصبى فى الدفع اليها

فقال هى الطعام والكسوة والسكنى ولانه جزؤه فكان كنفسه (قوله وليس على الام ان ترضعه) يعنى فى الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذى سنذكره (قوله وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم) أى عدم الجبر بيان الحكم قضاء يعنى انها اذا امتنعت لا يجبرها القاضى عليه وهو واجب عليها ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضى عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع (قوله وذلك) أى عدم الجبر اذا وجد من ترضعه فاذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدى غيرها أجبرت على ارضاعه صيانة له عن الضياع وذكر الحلوانى أن ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدى تركها اجبارها الى التلف والى الاول مال القدورى والسرخسى وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته (قوله معناه اذا أرادت ذلك لان الحجر لها) أى التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم وقد قدمنا من اختيار الفقيه ابن الهندوانى والسمرقندى انها تجبر على الحضانة وفى كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه ثم لا يلزم المرضعة ان تمكث فى بيت الام الا ان يشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان أو تحمل الصبى معها اليه أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبى الى أمه (قوله وجه الاولى) لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا فى المبتوتة فى رواية بعد قوله وهذا يعنى عدم الاستئجار فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لان النكاح قائم والا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها فى الحكم والوجه وأيضا ربما يكون تأخير ذكر وجهه للايماء الى انه المختار عنده وكذا ظاهر اطلاق القدورى المعتدة فى قوله أو معتدته وان كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم اذ من عادته تأخير وجه القول المختار والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه فى فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع اليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن وكذا لا يجوز استئجارها للارضاع (قوله وان انقضت عدتها فاستأجرها)

(قوله وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب الخ) أقول الامر للايجاب والتقييد لا بد له من دليل والاصل هو الوجوب فى القضاء

وقوله (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه في دينه) بأن أسلم الابن بنفسه والاب كافر أو على العكس لما ان اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح (كما تجب نفقة الزوجة وان خالفته في دينه أما الولد فلاطلاق ما تلونا) يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية (ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه) وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه (وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه) يعني وجوب النفقة (بازاء الاحتباس الثابت به) أي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة والكتابية موجود والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود لكن لم لا يجوز ان يكون الكفر مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب انما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على الولاية والكفر ينافيها وأقول لو استدل على نفقة الزوجة أيضا باطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الآية كان أسهل تأتيا لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما يوهم كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله في قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه وقوله (في جميع ما ذكرنا) أي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما تجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير الى عمومه بوقوعه في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دورا أو عقارا أو ثيابا قال في الذخيرة اذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في نفقة الانسان أن يكون في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا واعترض بان نفقة المرأة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منقوض والجواب ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية وقد تحقق في نفقة المرأة أمر ضروري فيتغير وذلك لان نفقة المرأة في مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى

(وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه واليه الاشارة بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده أي بالزامه لها أكثر من أجرة الاجنبية (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه) أما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال أما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا

اعلم أن حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر يتحقق عند العجز عن ارضاعه اذا ألزمت والعجز مبطن فأقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لان امتناعها عن الارضاع مع داعية حنو الوالدة ظاهر في عجزها عنه فلذا لم تجبر عليه اذا امتنعت فاذا أقدمت عليه بالاجر وهي منكوحة أو معتدة عن رجعي أو مطلقا على ما هو الاوجه ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا أجر يستحق في مقابلة فعل الواجب ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استأجرها الارضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ومقتضاه أن لا يجوز بعد العدة أيضا كما قبلها وهذا لان الوالدات في قوله تعالى والوالدات يرضعن أعم من البائنات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها والمانع من أخذ الاجرة والاستئجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع بأجر وغاية ما يقال ان الارضاع من نفقته وهي على الاب لا الام ويدفع بأن هذه النفقة أوجبها الذي له ولاية الايجاب على الام بعد ان أوجب رزقه لها بادرار الثدي فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري فأوجب عليها القامه ثديها وثبوت هذا الايجاب بالنص المذكور أعني يرضعن أولادهن والحق انه أوجب عليها مقيدا بايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ففي حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الاجرة مقامه (قوله وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبي مال) وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فللاب أن يبيعه وينفقه عليه وكذا يعطى منه أجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر اذا لم يكن لاحتباس ذلك له ليس بأولى من ايجاب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها محتبسة لغرض الآخر فنفقتها عليه وان كانت غنية أما الولد فنفقته للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم والله أعلم

﴿فصل﴾

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد (ويجب على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه أما الأبوان فلقوله تعالى (وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا) قيل نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة يا سعد بلغني أنك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد وترجع إلى ما كنت عليه وكان أحب ولدها إليها فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة أيام حتى غشي عليها فأتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكا إليه ذلك فنزلت هذه الآية (وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويتركهما كان سببا له في تلك المعيشة يموت من الجوع) وقد قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم (٣٤٧) حسن المصاحبة بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا وكلامه واضح وقوله (لما تلونا) أراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الاتفاق عليه أولا قال شمس الأئمة السرخسي إذا كان الأب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب وقال شمس الأئمة الحلواني لا يجبر على ذلك فاعتبره بذي الرحم المحرم بناء على أن استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الأئمة السرخسي يحتاج إلى الفرق بين نفقة الولد والوالد فإن الولد البالغ إذا كان قادرا على الكسب لا تجب على الأب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة أو غيرها كشهوة الفرج فإن للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة

﴿فصل﴾ (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه) أما الأبوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الأبوين الكافرين وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات ولهذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ولأنهم سببوا لإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بمنزلة الأبوين وشرط الفقر لأنه لو كان ذا مال فإيجاب نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا

﴿فصل﴾ (قوله وعلى الرجل) أي الموسر (قوله وأجداده) يدخل فيه الجد لأب والجد لأم وإن علوا وفي جداته جداته لأبيه وجداته لأمه وإن علون وقوله إذا كانوا فقراء يوافق بإطلاقه قول السرخسي حيث قال إذا كان الأب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلواني أنه لا يجبر إذا كان الأب كسوبا لأنه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير وإذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته على الأب فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكتسب الابن وينفق على الأب فالمعتبر في إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لأن معنى الأذى في إيكاله إلى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى ولا تقل لهما أف ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لأنه في مقابلة احتباسها باهالاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي الغني (قوله نزلت في الأبوين الكافرين) بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من أناب إلي ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعري ويتقلب هو في النعم إلا أن محلها على غير الحربيين فأما الآباء الحربيون وإن كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم إلى قوله إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية بينها وبين آية الأبوين عموم وخصوص من وجه فيتصادقان في الأبوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة في غير الحربيين وآية النهي في غير الأبوين فتعارضا في الأبوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح ولقائل أن يقول النهي إنما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين وإخراج المسلمين من ديارهم وهم أهل مكة فلا يتناول الأبوين الحربيين اللذين لم يتحقق منهما قتال ولا مظاهرة على إخراج ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لأن الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والإخراج منه وأيضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ومعلوم أن الذين لم يقاتلوا أيضا حربيون (قوله وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات) ظاهره أنهم يدخلون في اللفظ أعني

﴿فصل﴾ (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده الخ) أقول لم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الاتفاق عليه أولا قال شمس الأئمة السرخسي إذا كان الأب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب وقال شمس الأئمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذي الرحم المحرم ووجه الفرق مذكور في العناية وغيرها واختار المصنف ما ذكره السرخسي كما سيجيء بعد سطور قال المصنف (وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات) أقول فيتناولهما النص وفيه نظر فإنهم في مسئلة الأمان فيما إذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعدم انتظام اللفظ (قوله لو وقعت المساواة الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين) ظاهر وقوله (لانا نهينا عن البر فى حق من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين وأجيب بأن العمل باطلاقه يفضى الى التعارض المفضى الى الترك الممتنع فحمل ذلك على أهل الذمة وهذا على أهل الحرب وقوله (ولاتجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم) من فروع قوله ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك وكلامه فى الفرق بينهما بأن النفقة متعلقة بالارث يعنى فى غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعنى قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح خلا قوله ودوام ملك اليمين أعلى فى القطيعة من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضى الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون أعلى ولان الانفاق صلة إحياء حقيقة وصلة العتق صلة إحياء حكما ولا شك فى ان الاحياء الحقيقى أعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره بأن يسأل الناس أو يبره أحد من غير سؤال فان الهلاك جوعا فى العمران مع توفر أصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر وأما الحاجة الى الاعتاق فانها لاتندفع الا من جانبه وأما كون الاحياء الحقيقى أعلى من الحكمى فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا قال (ولايشارك الولد فى نفقة أبويه أحد) لايشارك الولد فى نفقة أبويه أحد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم فى ظاهر الرواية بلا

(ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد) أما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة وأما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء فى معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه لكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لاتجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر فى حق من يقاتلنا فى الدين (ولاتجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم) وكذا لاتجب على المسلم نفقة أخيه النصرانى لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق فى الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى فى القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا فى الاعلى أصل العلة وفى الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا (ولايشارك الولد فى نفقة أبويه أحد)

لفظ الابوين الذى هو مرجع الضمير فى قوله وصاحبهما فى الدنيا معروفا وفيه نظر فانهم فى مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ فان أراد الحاقهم بالقياس فلا حاجة بل لا ينبغى أن يعلل بأنهم من الآباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسببهم فى جوده ويلحق بهم الاجداد ويعتبره فى عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم اياه فى عموم المجاز فى الامان ليدخل الاجداد مع ان الامان يحتاط فى اثباته وقوله ولهذا يقوم الجد الخ قيامه مقامه فى الوراثة وولاية الانكاح والتصرف فى مال ولد الولد هذا ولو قال انهم من الوالدين والوالدات كان أقرب لان مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الابوان (قوله أما الزوجة الخ) عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها انه حيث أضاف ايجاب النفقة الى العقد فهو اضافة الى العلة البعيدة وأن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا (قوله فكما لا يمتنع الخ) الاحسن أن يقال فكما يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لان عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل أخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على انفاقه على نفسه محل نظر أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا أمره بالمعروف من ذلك (قوله ولاتجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم) اظهار لبعض صور ذلك الكلى وهو قوله ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وقوله لان النفقة أى نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعنى بالقرابة والمحرمية مقيدا بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ارث بين المسلم والكافر بخلاف العتق فانه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وسيأتى الكلام عليه (قوله فاعتبرنا فى الاعلى) وهو دوام ملك اليمين (أصل العلة) وهو القرابة المحرمة (وفى الادنى) وهو النفقة (العلة المؤكدة) بالتوارث وهذا فى الحقيقة ابداء لحكمة الشرع يعنى انما شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث وشرع عتق القريب اذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار ملكه رقبة القريب فوقه فى القطيعة فأوجب رفعها

(قوله فحمل ذلك على أهل الذمة الخ) أقول فيه ان أم سعد لم تكن ذمية ثم سيجىء فى كتاب السير ما يخالفه ظاهرا (قوله وبالمعقول) أقول فيه ان ذلك ليس دليلا آخر بل لاظهار حكم تعليق الشارع ايجاب النفقة بالقرابة المحرمية مقيدا بالارث وعتق القريب بها بلا قيد

(لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك فكانا غنيين بماله والغني لا تجب نفقته على غيره فان قيل التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور فيجوز به الزيادة سلمنا انه من الآحاد لكن ترك اطلاق قوله وعلى الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة

لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره ولانه أقرب الناس اليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما

بلا مؤكد بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فانه لم يرفعه حينئذ الا بمؤكد وما قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والارث ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم والحق في الجواب ان ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث والخال كذلك لا من يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا حينئذ استدلال بمفهوم الصفة على اخراج الكافر الذمي لانا نقول بل هو اثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الاصلي لا أن نفيه مضاف الى اللفظ (قوله لان لهما تأويلا في مال الولد) يفيد أنه ملكهما (بالنص) وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسيأتي في باب الوطء الذي يوجب الحد وأخرج أصحاب السنن الاربعة عن عائشة رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه حسنه الترمذي فان قيل هذا يقتضي أن له ملكا ناجزا في ماله قلنا نعم لولم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه والبيهقي عنها مرفوعا ان أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وأموالهم لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه مؤول أنه تعالى ورث الاب من ابنه السدس مع ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شئ مع وجوده (قوله هو الصحيح) احترازعن رواية الحسن عن أبي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث أثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي الارحام وبه قال الشافعي وأحمد والحق الاستواء فيها لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث ولهذا ثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع اعتباره اولا فيجري فيه الخلاف السابق بين شمس الائمة السرخسي والحلواني وعن أبي يوسف قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الاب اليه كي لا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لان الانسان لا يهلك على نصف بطنه وقال الشاعر

* كلوا في بعض بطنكم تعفوا * وفي الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه روايتان في رواية كما قلنا وفي رواية انما تجب نفقة زوجة الاب اذا كان الاب مريضا أو به زمانة يحتاج الى الخدمة اما اذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا الافرق بين الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه ثم الاصل في نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث ولذا لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وان سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وان كان ميراثه لاخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليها مع اشتراكهما في الميراث واذا كان للفقيه ولد وابن ابن موسران فالنفقة على الولد لانه أقرب واذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وان كان الميراث بينهما القرب البنت فاذا استويا فالنفقة عليهما الا أن يترجح أحدهما بمرجح وهما وارثان واذا كان له ولد ابن وولد بنت

الولاد المستندة الى قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية كما تقدم فان قلت لا منافاة بين الآيتين لان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن يقتضي ان يشارك الجد الابن كما ان قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التأويل في مال الولد بالاجماع صار غنيا به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن وقوله (ولانه أقرب الناس اليهما) أي الولد أقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما أولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان أقرب فهو أولى بالاستحقاق له وعليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة ان النفقة بين الذكر والانثى أثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التأويل وحق الملك لهما في مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث فقوله (وهو الصحيح) احترازعن رواية الحسن

(قوله قلت الحق قوله والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن) أقول فكان المآل الى التقييد بالحديث فان الاجماع لا يصلح مقيدا

(والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا أو أعمى) لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب

فهما سواء في النفقة وان كان الارث لولد الابن وكذا اذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له والد وولد فهي على الولد لاستوائهما في القرب ويترجح الولد باعتبار التأويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط واذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس علي نفقته وقال الاب أنا معسر ذكر في المنتقى ان القول للاب والبينة بينة الابن (قوله والنفقة لكل ذي رحم محرم) أي واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لا من الاخبار بالجار والمجرور نائبين عن الخبر لوجوب تعلقهما بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال أحمد على كل وارث محرما كان أو لا وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام ووجهه انه يجعل الاشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي المضارة لا لايجاب النفقة فلا يبقى دليلا على ايجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يختص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الاشارة المقرونة بالكاف فانها بحسب الوضع للبعيد دون القريب ووجه قول أحمد أنه تعالى علقها بالوارث فتقييد المحرمية زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فان قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة أجيب بادعاء شهرتها واستدل على الاطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت المدينة فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا وابدأ بمن تعول امك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك ومارواه أحمد وأبو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يارسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أباك ثم الاقرب فالاقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فان فضل عن أهلك شئ فلذوي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالارث ولا يخفى ان الثاني لا يفيد وجوب النفقة أصلا لانه جواب قول السائل من أبر وهو لا يستلزم كونه سؤالا عن البر المفروض لجواز كونه سؤالا عن الافضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف الاول وليس هذا معارضا للنص لان الايجاب على الوارث بالنص لا ينفي أن يجب على غيره فيثبت على غيره بالحديث عند من لا يقول بمفهوم الصفة على أن لقائل أن يلزمهم ان الوارث اريد به القريب عند من عبر به عنه خصوصا على رأيكم وهو أن كل قريب وارث لتوريثكم ذوي الارحام مع قولكم ان المراد به أهلية الارث في الجملة حتى قالوا اذا كان له خال وابن عم ان نفقته على خاله وميراثه لابن عمه اللهم الا أن يثبت قولنا نقطع بأن ايجاب النفقة لوجوب الوصل والقرابة التي يفترض وصلها بالنصوص هي على المحرمية بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لان التحريم انما يثبت للوصل وهو الظاهر لما تقرر انه سبب التحريم في المحرمات من القرائب لان الافتراش اما عدم وصل أو يؤدي اليه (قوله فان القادر على الكسب غني بكسبه) وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغا ولهذا أخذ في البالغ الذي تجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قال والابن الزمن البالغ ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الارحام ولا يجبر الموسر على نفقة أحد من قرابته اذا كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب

نكاحه على التأبيد واجبة اذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا فقيرا زمنا أو أعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فان ذلك للاشارة الى البعيد فيكون اشارة الى أول الآية وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فيدل على ان على الوارث النفقة وتقييده بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك والصفات المذكورة وهي الصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني فان قيل ما بال الابوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب أجاب بقوله بخلاف الابوين الخ وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه

(قوله فان ذلك للاشارة الى البعيد) أقول لا الى القريب الذي هو التحرز عن المضارة على ما فسر به أيضا

وقوله (يجب ذلك) يعنى النفقة (على قدر الميراث ويجبر عليه) أى على الانفاق أما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون و بنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لاب وأم وعلى أخيه لام أسداسا بحسب ميراثهما فأما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وأم خاصة لان ميراث الولد له عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وأم ولا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما وتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كان نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة أما نفقة الابنة فلما بينا وأما نفقة الاب فلان الوارث ههنا الاخ لاب وأم خاصة لان الاخ لاب وأم يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة أن يجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه أحد من الاخوة فلابد من ان يجعل كالمعدوم فاذا جعل كذلك فيراث الاب

يكون بين الاخ لاب وأم والاخ لام أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك وهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم وأما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان الصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذى الرحم المحرم الذى لم يرث لا على غير ذى الرحم المحرم الذى هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذى يحرز الميراث لان النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره فى الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب أن تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث، أجيب بان نفقة ذى الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة فى حقه بخلاف الخال فان صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن) كلامه ظاهر وقوله (ووجه الفرق) يعنى بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على الاب والثلث على الام كما فى الارث انه اجتمعت للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه فى النفقة على نفسه فكذا فى النفقة على الصغير وأما الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما أثلاثا فكذلك نفقته وقوله أخماسا على قدر الميراث يعنى ثلاثة الاخماس من الميراث تكون للاخت لاب وأم والخمس للاخت لاب والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل

قال (ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه) لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث) لان الميراث لهما على هذا المقدار قال العبد الضعيف هذا الذى ذكره رواية الخصاف والحسن وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفى غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد أثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات أخماسا على قدر الميراث

الكسب الا فى الوالد خاصة أو فى الجد أبى الاب اذا مات الولد فانى أجبر الولد على نفقته وان كان صحيحا انتهى وهذا جواب الرواية وهو يشد قول شمس الائمة السرخسى بخلاف الحلوانى على ما قدمناه (قوله لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار) بطريق انه يفيد عليه مأخذ الاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم فى محل وجود العلة على قدر وجودها مثاله اذا كان له أخ شقيق أو لاب وأخت شقيقة أو لاب فالنفقة عليهما أثلاثا على الاخ الثلثان وعلى الاخت الثلث لان ميراثهما منه كذلك ولو كانا لام وجبت عليهما نصفين كارثهما ولو كان معهما أخ لابوين أو لاب أو عصبة أخرى فالثلثان على العاصب ولو كان أخ لاب وأخ لام فالسدس على الاخ لام وخمسة الاسداس على الاخ لاب وعلى هذا فقس (قوله ووجه الفرق) أى بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن (قوله فاختص بنفقته) لانه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ فانه ليس للاب ولاية عليه ليكون فى معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم (قوله على الاخوات المتفرقات) بان تكون أخت شقيقة وأخرى لاب وأخرى لام اخماسا ثلاثة اخماسها على الشقيقة وخمس على التى لاب وخمس على التى لام لان ميراثهن منه كذلك

(قوله أجيب بان نفقة ذى الرحم) الخ أقول فى الجواب قصور فان وجوب النفقة معلق بالقرابة المحرمة الموروثة وليس ذلك بموجود فى الخال مع وجود ابن العم فالاظهر أن يقال ليس المراد الارث بالفعل فان ذلك بعد موت المنفق

وقوله (غيران المعتبر) استثناء من قوله وفي غير الوالد تعتبر على قدر الميراث والمراد بأهلية الارث هو ان لا يكون محروما وفي كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر أهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا ان الخال ذو رحم محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) راجع الى قوله المعتبر أهلية الارث (٣٥٢) وقوله (ولا بد من اعتباره) أي اعتبار الارث بأن يكون أهلا لا محرزا ولهذا

غير ان المعتبر أهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير) لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة

بواسطة الرد عليهن (قوله غير أن المعتبر أهلية الارث) هذا هو الجواب الذي أسلفناه وقدمنا تقريره وايضاحه أن حقيقة الوارث غير مرادة فانه لمن قام به الارث بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت ارادة الحقيقة فكان المراد من يثبت له ميراث والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم أو عمة فان النفقة حينئذ على العم لاشتراكهما في المحرمية واحراز العم الميراث في الحال لو مات فلو كان العم معسرا وجبت بين العمة والخال أثلاثا على العمة الثلث ويجعل المعسر كالميت والحاصل ان قوله أهلية الميراث لا احرازه فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم أما اذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث في الحال وتجب النفقة على العم واذا اتفقوا في المحرمية والارث في الحال وكان بعضهم فقيرا جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر ارثهم كأن ليس معهم غيرهم (قوله ثم اليسار مقدر بالنصاب) أي بنصاب الزكاة على ما روى عن أبي يوسف وعن محمد روايتان احداهما بما يفضل عن نفقته شهرا والاخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه أربعة دوانق وجب عليه الدانقان للقريب ومحمل الروايتين على حاجة الانسان ان كان مكتسبا ولا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي وان لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه ومال السرخسي الى قول محمد في الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدي بتيسير الاداء وتيسير الاداء موجود اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد أرفق ومال الولوالجي الى قول أبي يوسف قال لان النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيتقدر به وقال في الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكاة وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة (قوله والفتوى على الاول) أي على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول أبو يوسف وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر الا أن النفقة لما كانت حق الآدمي نفسه تعتبر بمجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق يجب لله تعالى بسبب الآدمي وحقوق الله تعالى يراعى فيها من التيسير ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا لم يكن كسوبا يعتبر أن يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا أنفق ولم يبق له شيء سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد

قلنا لا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ولا عكسه وقوله (ولا تجب على الفقير) ظاهر وقوله (بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا) قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته (أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم) اذا كان معتملا لا ينفق من كسب يده وقوله (والفتوى على الاول) يعني ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو ما تتادرهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح لان النفقة أشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلان لا يشترط ههنا وهي مؤنة من كل وجه أولى ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر أبي يوسف يشترط نصاب الزكاة ثم قال في الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى ان انتقص منه درهم لا يجب

قال المصنف (لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة) أقول لا كما روى عن أبي يوسف هكذا قيل لكن في شرح الكنز وهذا للامام الزيلعي ان اليسار ههنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبي يوسف رحمه الله لانه هو المعتبر في وجوب المواساة عليه لوجوب التبرع كصدقة الفطر اه (قوله وهي مؤنة من كل وجه أولى) أقول فيه بحث فانها صدقة أيضا على ما دل عليه الاخبار الصحيحة وجوابه ان المراد أن شرعيتها للمؤنة ولا ينافي كونها عبادة بالنية بخلاف صدقة الفطر وسيجيء من المصنف في كتاب الحجر أيضا انها ليست عبادة والمراد ما ذكرنا

(وان كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقوله (وقد بينا الوجه فيه) يريد ماتقدم من قوله ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الالهؤلاء الى قوله ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم وقوله (واذا باع أبوه متاعه) ظاهر وقوله (وكذا لا تملك الام فى النفقة) مخالف لما ذكر فى الاقضية وماذكره القدورى من جواز البيع للابوين فاما ان يكون فى المسئلة روايتان فى رواية الاقضية والقدورى تملك الام البيع كالاب لان معنى الولادة يجمعهما وهما فى استحقاق النفقة على السواء واما

(واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقد بينا الوجه فيه (واذا باع أبوه متاعه فى نفقته جاز) عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهذا استحسان (وان باع العقار لم يجز) وفى قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك فى حال حضرته ولا يملك البيع فى دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام فى النفقة ولابى حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب ألا ترى ان للوصى ذلك فالاب أولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم أصلا فى التصرف حالة الصغر ولا فى الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له أن يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه (وان كان للابن الغائب مال فى يد أبويه وأنفقا منه لم يضمنا) لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد أخذا جنس الحق

وهذا يجب أن يعول عليه فى الفتوى (قوله واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له أن يأخذ اذا قدر بلا قضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم أن ينفقوه على أنفسهم اذا احتاجوا (قوله وقد بينا الوجه فيه) عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء وهو قوله ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم (قوله وان باع العقار لم يجز) ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا أو مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا (قوله لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ) وقرر فى النهاية وجه القياس بأن ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبى رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشيد ليس معتبرا فى انقطاع ولاية الاب ثم اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد أو يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى أمكنه أن يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولذا قالا فى جواب أبى حنيفة هناك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى آخر ما عرف فى باب الحجر (قوله وكذا لا تملك الام فى نفقتها) مع انها مساوية للاب فى استحقاق النفقة وكذا ليس للقاضى أن يحكم به مع عموم ولايته (قوله ولابى حنيفة) حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العروض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصى فلان يملكه الاب أولى لان الوصى يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد أو جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع لكن نقل فى الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدورى

ان يكون ما فى الاقضية والقدورى مأوّلا بأن الاب هو الذى يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر وقوله (ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب) اعترض عليه بأنه كذلك لكن الفرض انه يبيعه لنفقته وانما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ وأجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الانفاق لا تتغير تلك الحقيقة اذ لا تأثير للعزيمة فى تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفى الحال لم تجب فلا تعارض وقوله على ما مر اشارة الى ما قال ولهذا كان لهم ان أخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم

(قوله من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر) أقول ألا ترى الى قول المصنف بخلاف غير الاب من الاقارب قال المصنف (ولابى حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب) أقول قال الامام الزيلعى وفى المسئلة نوع اشكال وهو أن يقال اذا كان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ اجماعا فما المانع لهما من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل اه جواب الاشكال الاول ظاهر فانهما يفرقان بين البيع للحفظ ثم الانفاق والبيع بقصد الانفاق وجواب الثانى يظهر من تقرير الاكمل فتأمل فيه (قوله لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفى الحال لم تجب فلا تعارض) أقول فيه بحث أما الاول فانه اذا وجب بفرض القاضى واذنه فى الاستدانة ينبغى أن لا يجوز البيع على ما قرره والظاهر خلافه

(وان كان له مال فى يد أجنبى فانفق عليهما بغير اذن القاضى ضمن) لانه تصرف فى مال الغير بغير ولاية لانه نائب فى الحفظ لاغير بخلاف ما اذا أمره القاضى لان أمره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به (واذا قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضى لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال (الا ان يأذن القاضى بالاستدانة عليه) لان القاضى له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب فيصير دينا فى ذمته فلا تسقط بمضى المدة والله تعالى أعلم بالصواب

فى شرحه فانه أضاف البيع اليهما فيحتمل أن يكون فى المسئلة روايتان وجه رواية الاقضية ان معنى الولاد يجمعهما وهما فى استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الانفاق فتأويله ان الاب هو الذى يتولى البيع وينفق عليه وعليها أما بيعها بنفسها فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ (قوله فأنفق عليهما بغير اذن القاضى ضمن) أى فى القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ضمان عليه ولومات الغائب حل له أن يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفى النوادر ولو لم يكن فى مكان يمكن استطلاع رأى القاضى لا يضمن استحسانا وقالوا فى رفقة فى سفر أغمى على أحدهم أومات فأنفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من أصحاب محمد خرجوا الى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم فلما وصلوا سألهم محمد فذكروا له ذلك فقال محمد لو لم نفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء وكذا باع محمد كتب تلميذ له مات وأنفق فى تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا فى عبد مأذون مات مولاه فى بلاد بعيدة فأنفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشايخ بلخ فى مسجد له أوقاف ولا متولى له فقام رجل من أهل المحلة فى جمع ريعها وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصر والحشيش لا يضمن استحسانا (قوله فظهر الخ) يعنى اذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه للابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما (قوله فمضت مدة سقطت) هذا اذا طالت المدة فأما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضى مأمور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كل ما مضى سقط لم يمكن استيفاء شئ ومثل هذا قدمناه فى غير المفروضة من نفقة الزوجات (قوله لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة) وعن هذا ما قدمناه من انه لو أعطاهم نفقة أو كسوة فسرقت أو هلكت كان عليه أخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك فى حق الزوجة ليس عليه أخرى حتى تنقضى مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرعا لحاجتها بل لاحتباسها فى تلك المدة وبالتلف قبل مضى تلك المدة لم ينتف الاعتياض عنها (قوله الا أن يأذن القاضى بالاستدانة فلا تسقط) وان كان فى نفقة ذوى الارحام لما ذكر فى الكتاب وما ذكره فى زكاة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه فقيل محمله فى نفقة الاقارب ما اذا أذن القاضى فى الاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا الى وفاء الدين أما اذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسى وحكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصروه وقيدوا اطلاق الهداية به وقيل محمله ما اذا قصرت المدة بان تكون شهرا فأقل والله سبحانه أعلم

وقوله (لانه ملكه بالضمان) يعنى ان الاجنبى ملك المدفوع بالضمان فظهر انه كان متبرعا بمال نفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى يعنى أنها لا تسقط بمضى المدة لانها تجب مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى وقوله (الا أن يأذن القاضى بالاستدانة عليه) استثناء من قوله فمضت مدة سقطت ومعناه إذا أذن القاضى بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم أيضا كنفقة الزوجة وان مضت مدة لان القاضى له ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة كأمر الغائب بها ولو أمر الغائب بالاستدانة صار دينا فى ذمته لا يسقط بمضى المدة فكذا إذا أذن القاضى بذلك وإذا تذكرت ان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الاقارب الكفاية ظهر لك وجه ما قال فى الذخيرة ان القاضى اذا فرض للزوجة فى الشهر مائة فمضت المدة وفى يدها منه شئ لم يحتسب للشهر الثانى ولو كان ذلك فى نفقة الاقارب حوسب به وان القاضى اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى تفرغ المدة ولو كان ذلك فى الاقارب وجب عليه ان يكسوهم

﴿فصل﴾ جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر مذهب أصحابنا ان الانسان لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق وأما في الدواب فيفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالانفاق عليها وفي غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتى به أيضا الا انه إذا كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوج والمملوك في ان المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بأن في الاجبار على البيع زوال ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا إلى خلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى بحال من الاحوال وأما في النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على الزوج فكان تأخيرا وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى (وعن أبي يوسف أنه يجبر) وهو قول الشافعي وقاساه على الرقيق والاصح ما قلنا يعني من عدم الجبر

﴿فصل﴾ (وعلى المولى ان ينفق على عبده وأمته) لقوله صلى الله عليه وسلم في المماليك انهم إخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله (فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) لان فيه نظر الجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك (وان لم يكن لهما كسب) بان كان عبدا زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها (أجبر المولى على بيعهما) لانهما من أهل الاستحقاق وفي البيع ابقاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا و بخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه و بين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا والله تعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ (قوله وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبي والاولى أن يحمل قوله على ما اذا كانوا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير اذن القاضي و بغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا أنفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان أنفق أحدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه و بغير أمر القاضي فهو متطوع كذا في الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل في يده أمة انه هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة ادعت الامة أو جحدت و يضعها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذي كانت في يده اهـ ولو ان عبدا صغيرا في يد رجل فقال لغيره هذا عبدك أودعته عندي فأنكر يستحلف ما أودعه ثم يقضي بنفقته على من هو في يده لانه أقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه في يد نفسه والقول له في الرق والحرية والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث أبي ذر أنه صلى الله عليه وسلم قال هم اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل و يلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم ورواه أبو داود باسناد صحيح وزاد فيه ومن لم يلائمكم منهم فبيعوهم ولا تعذبوا خلق الله وعن علي رضي الله عنه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم رواه أحمد والمراد من جنس ما تأكلون وتلبسون لا مثله فاذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الجوالق والله أعلم ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد (قوله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) على أنفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له أن يتناول منه الا اذا نهاه عن الكسب أما اذا كان عاجزا عن الكسب فله أن يتناول من مال السيد اذا أبى أن ينفق عليه (قوله بأن كان عبدا زمنا) يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن أن يؤاجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شئ وتحويل شئ كمعين البناء وما قدمناه نقلا من الكافي في نفقة ذوي الارحام ثبوته هنا أولى وكذا اذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الانفاق أو البيع بخلاف المدبر والمدبرة وأم الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم عينا ان لم يقدروا على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشئ ولو أعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس بينهما محرمية وان كان عصبة له كابن العم (قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ) ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضي على ترك الانفاق عليها الان لان اجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لابد له من مقضي له وهو من أهل الاستحقاق وهذا او جد في الرقيق لكونه من أهل ان يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الجملة ألا ترى انه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح ان يكون مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء والله تعالى أعلم

﴿كتاب العتاق﴾

(الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم ايما مسلم أعتق مؤمنا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال (العتق يصح من الحر البالغ العاقل فى ملكه)

فى الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضى له و يعتمد أهلية الاستحقاق فى المقضى له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه و بين الله تعالى و يكون آثما معاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفى الحديث امرأة دخلت النار فى هرة حبستها حتى ماتت لاهى أطلقتها تأكل من (١) خشاش الارض ولاهى أطعمتها وذكر المصنف انه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان يعنى ما تقدم من رواية أبى داود لا تعذبوا خلق الله ونهى عن اضاعة المال وهو ما فى الصحيحين من انه صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السؤال وعن هذا ماذكر انه يكره فى غير الحيوان أن لا ينفق عليها يعنى كالاملاك من الدور والزروع فانه يؤدى الى ضياع المال وعن أبى يوسف انه يجبر فى الحيوان وهو قول الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله وغاية ما فيه أن يتصور رفيه دعوى حسبة فيجبره القاضى على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف مالو كانت الدابة بين شريكين فطلب أحدهما من القاضى أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضى يقول للآبى اما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ذكره الخصاف وفى المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك ﴿فروع﴾ وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان أو لا مثاله أوصى بعبد لرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو أوصى بجارية لانسان وبما فى بطنها الآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله أوصى بدار لرجل وسكناها الآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلو ان يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه ولا يكون متبرعا وكذا لو أوصى بنخل لواحد و بثمرها الآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفى التبن والحنطة ان بقى من ثلث ماله شئ فالنفقة فى ذلك المال وان لم يبق فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما وأقول ينبغى أن يكون على قدر قيمة ما يحصل لكل منهما والا يلزم ضرر صاحب القليل ألا يرى الى قولهم فى السمسم اذا أوصى بدهنه لواحد و بثجيره لآخر فان النفقة على من له الدهن لعده عدما وان كان قد يباع و ينبغى أن يجعل كالحنطة والتبن فى ديارنا لان الكسب يباع لعلف البقر وغيره وكذا أقول فيما عن محمد ذبح شاة فأوصى بلحمها لواحد و بجلدها الآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ونفقة المبيع قبل أن يقبض قيل على المشترى فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع ما دام فى يده و يجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر عليها بل ان اتفقا على ذلك والله سبحانه أعلم

﴿كتاب العتاق﴾

اشترك كل من الطلاق والاعتاق فى انه اسقاط الا أنه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك منافع البضع وأما اسقاط ملك ما فى الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا فقد ميزت أنواع الاسقاطات باسماء لمناسب اليها مع اختصار وتسرى اضافة للبعض الى الكل وهذا على ظاهر قولهما وعلى قوله بتأويل الاول الى الكل و يلزم حتى لا يقبل الفسخ الا أنه قدم الطلاق وان كان غير مندوب

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له فى انه اسقاط بنى على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل إما افسادا فى الملك أو تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق ومن محاسنه انه إحياء حكمى يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه أهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية وتفسيره فى اللغة القوة يقال عتق الفرخ إذا قوى وطار عن وكره وفى الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للشهادة والولاية والقضاء وأسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربى فى دارنا عبدا مسلما فدخل به فى دار الحرب فانه يعتق فى قول أبى حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك وشرطه كون المعتق حرا بالغا مالكا ملك اليمين وركنه ما ثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما ببدل أو بغيره وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها

(١) قوله خشاش كذا فى بعض النسخ وأيده فى النهاية قال والخشاش بالكسر الحشرات وقد يفتح وفى الحديث ان امرأة الخ وسرده الى أن قال و يروى بالحاء المهملة وهو يابس النبات وهو وهم كتبه مصححه

اليه على العتق المندوب اليه وصلا له بمقابله وهو النكاح ولانه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلا به أو هو من بيان أحكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق و بيان متعلق الحكم بين نفس الحكم المتعلق لانه في بيان أنه يملكه على أي وجه من الحل والحرمة والندب والسريان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق من المحاسن فان الرق أثر الكفر فالعتق ازالة أثر الكفر وهو احياء حكمي لأثر حكمي أو موت حكمي فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كأنه لم يكن له روح قال تعالى أومن كان ميتا فأحييناه أي كافرا فهديناه ثم أثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب أهليته لما تأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من انكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع أيضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الاكبر فو بل احياؤه معنى باحيائه معنى أعظم احياء كما وردت به الاخبار عن سيد الاخيار منها الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج أخرجه الترمذي في الايمان والنذور ورواه ابن ماجه في الاحكام والباقون في العتق وأخرج أبو داود وابن ماجه عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار وزاد أبو داود وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزى مكان عظمين منهما عظما من عظامه وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لانه ظهر ان عتقه بعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ومنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك أحد في عصر من الاعصار وقيل للقديم عتيق لقوة سبقه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها القوة تأثيرها وباعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال

على ألية عتقت قديما * وليس لها وان طلبت مرام

يعني قدمت وانها لا ترام بحل و بعده

بأن الغدر قد علمت معد * علي وجارتي مني حرام

المعنى انه حلف من قديم انه لا يغدر ولا يزني بجارته وكذا تقول عتقت اذا سبقت وذلك لفضل القوة والعتق أيضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا لجماله وقيل لقدمه في الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكر أنه يقال للكريم يعني الحسيب وقيل قالت أمه لما وضعته هذا عتيقك من الموت وكان لا يعيش لها ولد وكل هذه المفهومات ترجع الى زيادة قوة في معانيها وقيل هو اسمه العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو تفاؤلا له بالحسب المنيف أو بعدم الموت واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات القوة كما قاله في المبسوط والعتق في الشرع خلوص حكمي يظهر في الآدمي عما قدمناه ثابتا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال انه القوة الشرعية ويمكن أن يكون هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوي وعن هذا قال في الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة المفسر هو بها لغة أعم من كونها في البدن أو ما يرجع الى

شرط الحرية لان العتق لايصح الافى الملك ولاملك للمملوك والبلوغ لان الصبى ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لايملكه الولى عليه والعقل لان المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لوقال البالغ أعتقت وأنا صبى فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لوقال الصبى كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لايصح لانه ليس بأهل لقول ملزم ولابد ان يكون العبد فى ملكه حتى لوأعتق عبد غيره لاينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لاعتق فيما لايملكه ابن آدم

معنى آخر ولذا أطلقوه فى المواضع التى عددناها باعتبار قوة ترجع الى معان مختلفة الا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح فى المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية فالاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية وهو التحرير اثبات الحرية وهى الخلوص يقال طين حر للخالص عما يشوبه ومنه يقال أرض حرة لاخراج عليها والكل يرجع الى معنى القوة والرق فى اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق فى الاستعمال الفقهى تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد أنت طالق مع عتق مولاك اياك وسببه الباعث فى الواجب تفريغ ذمته وفى غيره قصد التقرب الى الله تعالى وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك فى القريب وقد يكون الاقرار بحرية عبد انسان حتى لوملكه عتق وقد يكون بالدخول فى دار الحرب فان الحربى لواشترى عبدا مسلما فدخل به الى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبى حنيفة وكذا زوال يده عنه بأن هرب من مولاه الحربى الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره وهو نفسه ركن الاعتاق اللفظى الانشائى وشرطه أن يكون العتق حرا بالغا عاقلا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته فى الاختيارى انه مندوب اليه غالبا ولا يلزم فى تحققه شرعا وقوعه عبادة فانه يوجد بلا اختيار ومن الكافر بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لوأعتقه يذهب الى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لزيد والقربة ما يكون خالصا لله عز وجل فتحصل ان العتق يوصف بالاحكام من الوجوب والندب والاباحة والتحريم هذا وفى عتق العبد الذمى مالم يخف ماذكرنا أجر لتمكينه من النظر فى الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه وأما ماعن مالك انه اذا كان أغلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم أفضلها أغلاها بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلى من المسلمين لانه تمكين المسلم من مقاصده وتفريغه وأما ما يقال فى عتق الكافر ماذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان الظاهر رسوخ الاعتقادات وإلفها فلا يرجع عنها ولذا نشاهد الاحرار بالاصالة منهم لايزدادون الا ارتباطا بعقائدهم فضلا عمن عرضت حريته نعم الوجه الظاهر فى استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين وأما تفريغه للتأمل فيسلم فهو احتمال والله أعلم (قوله ولاملك للمملوك) عن هذا قلنا ان مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعى والشعبى ومالك لما عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه أحمد وكان عمر اذا أعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل وللجمهور ما عن ابن مسعود انه قال لعبده يا عمير انى أريد أن أعتقك عتقا هنيا فأخبرنى بمالك فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أيما رجل أعتق عبده أوغلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده رواه الاثرم (قوله وكذا اذا قال الصبى الخ) وكذا اذا قال المجنون اذا أفقت فهو حر لا ينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الاهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) روى أبوداود

والترمذى

(قوله شرط الحرية لان العتق) يعنى الاعتاق لانه قال والبلوغ لان الصبى ليس من أهله والصبى من أهل العتق ألا ترى أنه لوورث أخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبى ليس من أهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك أيضا قوله لان المجنون ليس بأهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله (ولهذا) أى ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ أعتقت وأنا صبى فالقول قوله لانه لما أسند الى حالة منافية الاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس بأهل لقول ملزم يعنى لان الصبا يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل لانسلم ذلك بل هو أهل له ألاترى ان صبيا لوأقر بالرق لزمه حتى لوادعى بعد البلوغ حرية الاصل لاتسمع دعواه أجيب بأن الملزم ثمة هو يد صاحب اليد واقراره مؤكد

كتاب العتاق

قال المصنف (شرط الحرية لان العتق لايصح الافى ملكه) أقول لك أن تقول بعد قوله فى ملكه لايحتاج الى شرط الحرية والجواب ان اشتراط الحرية مقصود بالافادة ولذلك لم يكتنف بعلوميته ضمنا

(واذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو) لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وان كان فى الاخبار فقد جعل انشاء فى التصرفات الشرعية للحاجة كما فى الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عنيت به الاخبار الباطل أو انه حر من العمل صدق ديانة) لانه يحتمله

والترمذى فى الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذى حديث حسن صحيح وهو أحسن شئ روى فى هذا الباب وقوله حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة (قوله لان هذه الالفاظ صريح فيه) أى الالفاظ التى تستعمل لانشاء الاعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق بأى صيغة كان فعلا أو وصفا أو مصدرا فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الاصح وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرر عتيق معتق ولو فى النداء كيا حر يا عتيق فانه هكذا حر والمولى كقوله هذا مولاى أو يا مولاى يعتق وان لم ينو والمصدر العتاق عليك وعتقك على ولو زاد قوله واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر ولو قال أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية ذكره فى جوامع الفقه فعلى هذا لابد من اصلاح ضابط الصريح ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لا ان نوى غيره الا فى القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع اذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على مانوى وينبغى أن يكون هذا اذا لم يكن هازلا فان كان هازلا فانه يقع فيما بينه وبين الله تعالى وان نوى غيره وهو الكذب هزلا هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافى من قوله ذكر محمد بن الحسن عن أبى يوسف عن اسمعيل بن مسلم المكى عن الحسن عن أبى الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية ولا تتخذوا آيات الله هزوا فى ذلك فانه يقتضى وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر يعنى محمدا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه وزاد الشافعية فى الصريح فك الرقبة ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لذلك القائل اليس سواء فك الرقبة أن تعين فى عتقها وقوله تصبح حرا اضافة للعتق وتقوم حرا وتقعد يعتق فى الحال ولو قال أنت حر النفس عتق فى القضاء وان قال فى أفعالك وأخلاقك لا يعتق هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة وقال أما أنا أرى أن يعتق اذا أراد به الحرية وعن أبى يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد رحمه الله وبأدنى تأمل يظهر ان لا فرق بين هاتين العبارتين فى المعنى فاذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل وعن أحمد انه صريح واستبعد (قوله لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا) على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك امارة الوضع فوافق قول الايضاح وغيره حيث قالوا الصريح ما وضع له والوضع يغنى عن النية (قوله فأغنى عن النية) يعنى انه لا يشترط النية لثبوت العتق أما نية عدمه بأن ينوى به شيأ آخر فيعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء على ما سيذكر (قوله والوضع) أى وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجئ فيه الخلاف فى وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع نسبة الفعل الذى عين الواضع صيغته للدلالة على مضى حدثه الى شئ ليفيد الاخبار بانه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لاثبات أمر لم يكن وضع آخر له والحاصل أن الحاجة قائمة الى اثبات هذه المعانى عند النطق ولا بد من دفعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة فى ذلك هذه الالفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لان أهل اللغة أيضا يثبتون هذا المعنى أعنى تحرير العبيد والاماء ببعض هذه الالفاظ فقوله فقد جعل انشاء فى التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور ولا شك

وقوله (واذا قال لعبده أو أمته أنت حر) قال فى المبسوط الالفاظ التى يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية التى يحصل بها العتق صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء اما صيغة الخبر فان يقول قد أعتقتك أو حررتك وأما صيغة الوصف فان يقول أنت حر وأنت عتيق وأما المنادى فان يقول يا حر يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاى الخ

(ولا يدين قضاء) لانه خلاف الظاهر (ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق) لانه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له فيما أخبر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف

انه الشارع ويفيده قوله كما في البيع أيضا وحينئذ فيجب أن يكون المراد بجعل الشارع تقريره وكذا في الطلاق والعتاق وقد قدمنا في باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا للاخبار قبله وكلام الكافي في العتق أيضا مثله وهو يقتضي انه على خبريته لم يجعل انشاء أصلا وعلى هذا قرره المصنف في الطلاق ولفظه في البيع يخالف ذلك وانما لا تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان المراد مشتبها والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة وهو ما اذا كان الخطاب لعبد أو بالاشارة كقوله هذا حر فانه يعتق به أيضا والوضع يعهد باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعا جديدا فليكن ثبوت العتق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيحا لاخباره كما مشى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق ثم هذا التقرير انما يجري في غير النداء أما في النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعا بل اقتضاء على ما سيذكره المصنف هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبت لك نفسك أو بعتك نفسك منك فانه يعتق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة ملكها الا أنه اذا أوجبه لآخر يتوقف على قبوله واذا أوجبه للعبد يكون من يلا بطريق الاسقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد بالرد أما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول (قوله ولا يدين لانه خلاف الظاهر) بخلاف ما لو قال عنيت انه كان حرا في وقت فانه ينظر ان كان العبد من السبي دين وان كان مولدا لا يدين كذا في الغاية ﴿فروع﴾ في البدائع دعا عبده سالما فأجابه آخر فقال أنت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتقا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى انما يعتق الذي عناه ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم لانه لا مخاطب هنا الا سالم وفيه قال لعبده انت ح ر أ ولزوجته أنت ط ا ل ق ان نوى العتق والطلاق وقع لانه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب الا أنها ليست صريحة لانها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتتقف على النية ولو قال أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لانه اذا صار حرا في شئ صار حرا في كل الاشياء (قوله وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور) هذا هو حقيقته تكلم في النداء في مواضع أولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد أى في مسئلة يا ابني ثانيها فيما اذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد او آزاد وناداه يا حر انه يعتق فقال لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف المذكور وهذان معا يفيدان أن عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقا له ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا ضمنا فان قوله يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فتثبت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه وهذا يفيد ان ثبوتها اقتضاء تصحيحا لاخباره الضمني وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء واما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا ابني يا أخي حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الاعتاق قيدا آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادى يمكن اثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل لمجرد اعلامه باستحضاره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء لانه لو خلق من مائه كان ابنا له قبل النداء لا به ﴿فرع﴾ في جوامع الفقه قال لعبد غيره يا حر اسقني ثم اشتراه يعتق قيل هذا نقض للقاعدة أجيب بأنه يمكن اثباته حال النداء بأن أعتق عبد غيره فأجاز المولى فانه يعتق (قوله لان مراده الاعلام) أى اعلام العبد باسم علمه ليحضر بندائه وهذا ظاهر اذا كان علميته

وقوله (وسنقرره من بعد) أراد به قوله في مسئلة يا ابني على ما سيجيء وقوله (الا اذا سماه حرا استثناء من قوله ولو قال له يا حر (قوله وكذا عكسه) يعني بأن ناداه بقوله يا حر وكان لقبه آزاد وقوله (فيعتبر اخبارا عن الوصف) قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حر علما له كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف وأجيب بأنه اذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف وكان النداء اخبارا بأن المنادى موصوف بهذه الصفة

وقوله (وسيأتيك الاختلاف فيه) يريد الاختلاف في تجزي الاعتاق على ماذكره وقوله وقد بيناه يعني في الطلاق وقوله وكذا قوله لامته قد أطلقتك) يعني ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الارسال بتخلية السبيل بخلاف قوله طلقتك فانها لاتعتق لانه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه وقوله لان السلطان عبارة عن اليد يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي لليد وكأنه قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان تزول اليد و يبقى الملك كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بأن قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك أو لازما له فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم وان كان الثاني فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ماذكرنا ولا بلازم له لانفكاك زوال الملك عنه (٣٦١) فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى أن يسلم

(وكذا لو قال رأسك حر أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لامته فرجك حر) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان أضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان أضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه (ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق) لانه يحتمل انه أراد لا ملك لي عليك لاني بعتك و يحتمل لاني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا الا بالنية قال (وكذا كنايات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلابد من النية وكذا قوله لامته قد أطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق)

له معلومة فيكون قصد غيره استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق الا أن يريده فيعتق حينئذ (قوله أو قال لامته فرجك حر) خص الامة لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فرجك علي حرام ينوي العتق لا تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفي لسانك حر يعتق لانه يقال هو لسان القوم وفي الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفي الدبر والاست الاصح انه لا يعتق لانه لا يعبر به عن البدن وفي العتق روايتان والاولى ثبوت العتق في ذكرك حر لانه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكرهم (قوله وسيأتيك الاختلاف فيه) عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسئلة تجزي الاعتاق الآتية (قوله ولو قال لا ملك لي عليك) شروع في الكنايات والحاصل ان ماليس بصريح من الالفاظ منها ما يقع العتق به اذا نواه ومنهما ما لا يقع به شئ وان نواه فالاول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقوله لامته اطلقتك أو انت حر أو قال لعبده انت حرة عتق في الجميع ان نوى

(قوله وتفسيره في اللغة الخ) أقول أي تفسير العتاق بمعنى العتق ففيه استخدام اذا كان المراد من لفظه معنى الاعتاق كما لا يخفى (قوله ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي الخ) أقول لم تزل يد الحربي عنه في هذه الصورة بل عتقه لامر آخر كما سيجيء في كتاب السير وزوال يده عنه فيما اذا هرب من دارهم أوظهر عليها كما يجيء أيضا (قوله وشرطه كون المعتق حرا) أقول فيه استخدام أيضا (قوله ألا ترى أن صبيا لو أقر بالرق لزمه) أقول لعل المراد الصبي الذي كان في يد صاحب اليد قبل أن يعبر عن نفسه والا فالصبي المعبر عن نفسه في يد نفسه كما ستقف عليه في كتاب الشهادات

(قوله فالجواب انه ليس بملزوم الى قوله فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق) الى أن يسلم أقول قال المحشي الشهير بيعقوب باشا فيه كلام فانه لم لا يجوز أن تعتبر العلاقة بين زوال اليد والاعتاق فان زوال اليد لازم للاعتاق فان قلت الاعتاق ازالة الملك عند أبي حنيفة قلت نعم لكنه ازالة مخصوصة ولو سلم فلا يتضح الكلام على قولهما وليس في المسئلة خلاف مسموع بل الصواب في الجواب أن يقال ان اللفظ المستعمل في حق العبد انما يحمل على العتق مجازا اذا كان أصل معناه منافيا للعبدية سواء كانت المنافاة بسبب العتق أو بسبب آخر فلاحتمال العتق يحمل عليه مع النية كما في لا سبيل لي عليك وأما اذا لم يكن منافيا كما في لا يد لي عليك فلا لعدم الضرورة فتأمل اه وفيه بحث فان الحصر المستفاد من قوله انما يحمل على العتق الخ ممنوع لابد له من دليل وكيف لا يمنع والعتق من محتملات كلامه وفيه تشديد عليه ثم بقي في جواب الشارح بحث من وجه آخر بان يقال وكذا زوال السبيل ليس بلازم لزوال الملك فان الملك يزول بالبيع قبل تسليم المبيع والثمن والبائع بسبيل من حبس المبيع الى أن يسلم الثمن وجوابه أن السبيل المضاف لازم للملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتأمل

لان السلطان عبارة عن اليد وسمى السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما فى المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لى عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق (ولو قال هذا ابنى وثبت على ذلك عتق)

ولو قال أنت لله او جعلتك لله خالصا روى عن أبى حنيفة انه لا يعتق وان نوى لان الاشياء كلها لله بحكم التخليق وعنهما انه يعتق لان الخلوص لا يتحقق الا بالعتق والثانى نحو أن يقول لعبده بنت منى ولامته بنت عنى أو حرمت على أو أنت برية أو بائن او بتة او اخرجى أو اغربى أو استترى أو تقنعى أو اذهبى أو اختارى فاختارت نفسها لانه يثبت العتق بها وان نواه وكذا طلقتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سنذكر وكذا اذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى وفى المغنى اذهب حيث شئت كناية ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لان التشبيه للمشاركة فى بعض المعانى وقد تحقق ذلك وقال بعض المشايخ يعتق اذا نوى كقوله لامرأته انت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا ان نوى الايلاء (قوله لان السلطان عبارة عن اليد) قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد لكن كلام المصنف يفيد انه التحقق لا التساهل والتجوز فانه قال وسمى السلطان به لقيام يده فانه يقتضى أن المعنى الحقيقى الاصلى للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لاتصافه باليد كما تسمى رجلا بالفضل لاتصافه به ثم قيل هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس كل سلطان فى القرآن هو الحجة واليد فاذا قال لا سلطان لى عليك فانما نفى الحجة واليد ونفى كل منهما لا يستدعى نفى الملك كالمكاتب بخلاف نفى السبيل لانه نفى الطريق والطريق المسلوك لا يراد حقيقة هنا فجعل كناية عن الملك لان الطريق ما يتوصل به الى غيره والملك فى العبد يتوصل به شرعا الى انفاذ التصرفات فاذا صح جعله كناية عنه عتق اذا أراده بخلاف السلطان فانه اليد فنفيه نفى اليد وهو غير مستلزم نفى الملك كما فى المكاتب فلو جعل كناية عن العتق وفيه ازالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وانه لا يجوز وكذا لا حجة لى عليك واعلم ان بعض المشايخ مال انه يعتق بالنية فى لا سلطان لى عليك وبه قال الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ انه ليس ببعيد وعن الكرخى رحمه الله فنى عمرى ولم يتضح لى الفرق بين نفى السلطان والسبيل ومثل هذا الامام لا يقع له مثل هذا الا والمحل مشكل وهو به جدير أما أولا فان اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل القدرة فاذا قيل له سلطان أى يد يعنى الاستيلاء وقد صرح فى الكافى بان السلطان يراد به الاستيلاء واذا كان كذلك كان نفيه نفى الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه ما يراد بنفى السبيل بل أولى بادنى تأمل وأما ثانيا فالمانع الذى عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع اذ غاية الامر أن يكون المعنى المجازى أوسع من الحقيقى ولا بدع فى ذلك بل هو ثابت فى المجازات العامة فان المعنى الحقيقى فيها يصير فردا من المعنى المجازى كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازى أعنى العتق أو زوال الملك فالذى يقتضيه النظر كون نفى السلطان من الكنايات (قوله وثبت على ذلك) قيل هذا قيد اتفاقى لا معتبر ولذا لم يذكره فى المبسوط وذكر فى الينابيع الثبات ليس بلازم وفى النهاية رأيت بخط شيخى وفى شرح القدورى لابى الفضل أراد بقوله وثبت على ذلك انه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفى أصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق ويوافقه ما فى المحيط وجامع شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لاجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتى ثم تزوجها بعد ذلك جاز أصر على ذلك أم لا قالوا هذا فى معروفة النسب أما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز والا جاز قال فى المجتبى عرف بهذا ان الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب لا العتق لان ثبوت النسب

وقوله (لان للمولى على المكاتب سبيلا) يعنى من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق قال (ولو قال هذا ابنى) ومن قال لعبده الذى يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابنى (وثبت على ذلك) ثبت النسب فيعتق عليه

قال المصنف (لان للمولى على المكاتب سبيلا الخ) أقول مناقض لقوله لانه يحتمل نفى السبيل بالبيع والكتابة

ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر و يعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاى أو يا مولاى عتق) أما الاول فلأن اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثانى والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقة والاضافة الى العبد تنافى كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتى لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثانى فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ

يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوج بمن أقر ببنتيتها وفي مختصر الكرخى اذا أقر في مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصدقه المقر له ثم أنكره المريض وقال ليس بينى وبينه قرابة ثم أوصى بماله لرجل ولا وارث له فان المال كله للموصى له ولا شئ للمقر له لان المريض جحد ما أقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هذا ابنى هل تصير أمه أم ولد له اذا كانت في ملكه قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب وقيل تصير أم ولد في الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير أم ولد له وان كان مجهوله حتى ثبت نسبه منه صارت أم ولد له وهذا أعدل (قوله اذا كان يولد مثله لمثله) يعنى اذا كان مثله في السن يجوز شرعا أن يكون ابنا لمثل المدعى في السن هذا هو المراد وحاصله اذا كان سنه يحتمل كونه ابنه لا المشاكلة حتى لو كان المدعى أبيض ناصعا والمقول له اسود حالك أو بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب (قوله وان كان ينتظم الناصر) قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا وانى خفت الموالى من ورائى (قوله فتعين الاسفل فالتحق بالصريح) أورد عليه شارح انه مشترك استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقولهم المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم على انا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم ينادى أنا عنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على أن المراد الاسفل ولا تعتبر ارادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة اه والجواب ان قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد ان أراد دائما منعناه لجواز أن ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفى غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه ومنعه ان المولى لا يستنصر بعبده لا يلائم ما أسنده به من قوله تحصل النصرة بهم لان المراد انه اذا حزبه أمر لا يستدعى للنصر عبده بل بنى عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فأين دعاؤه اياهم لذلك من كونهم ينصرونه وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية فطغا قلمه فنقول هذا الصريح وهو قوله أردت الناصر بلفظ المولى انما قاله بعد قوله عما هو ملحق بالصريح في ارادته العتيق فأثبت حكمه ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضى والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة واعلم ان في المسئلة خلافا ذهب بعض المشايخ انه لا يعتق في هذا مولاى الا بالنية وانه بين الصريح والكناية

ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع به الكرامة والشفقة كذا في شرح القدورى لابي الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاقى وقوله (لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب) لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه (واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق إعمالا للفظ في مجازه عند تعذر الحقيقة) وسيجئ بيان تجوز المجاز (ولو قال هذا مولاى) ظاهر وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو يستعمل في ثلاثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير أما مجيئه بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم وأما بمعنى ابن العم فكما في قوله تعالى وانى خفت الموالى من ورائى وقوله (والثالث نوع مجاز) يعنى الموالاة في الدين لان المولى مشتق من الولى وهو القرب ولا قرب بين المشرقى والمغربى من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه كذا في بعض الشروح ومعه الفرض والتقدير وقوله (فالتحق بالصريح) يعنى بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبدا

(قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعنى شرح تاج الشريعة

وقوله (واما الثاني) يعني به قوله يا مولاي وقوله (بخلاف ما ذكر) يعني قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه ان معنى قوله يا مولاي يا من لي عليه ولاء العتاقة حيث تعين الاسفل مرادا فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو

وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به بخلاف ما ذكره لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا (ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام و يروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما أخبر فانه ابن أبيه وكذا اذا قال يا بني أو يا بنية لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة والامر كما أخبر (وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي

(قوله وقول زفر لا يعتق في الثاني) وهو يا مولاي الا بالنية وبقوله قال الشافعي ومالك وأحمد لانه يراد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي أفادانهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وهكذا في يا سيد وقد قيل انه يعتق بهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في يا سيد والمختار انه لا يعتق فيهما الا بالنية (قوله بخلاف ما ذكر) وهو يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا بعد العتق لانه لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه ان حقيقته متعذرة لفرض ان المتكلم حر غير عبد فتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز أن يريد مجازا آخر هو الاكرام فلا يتعين لاحدهما الا بالنية فقلنا اذا نوى بيا سيدي العتق عتق أما اذا لم تكن له نية صير الى الاخف الذي هو الاكرام لان زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال بلا نية بخلاف يا مولاي لانه بحقيقته في الاسفل يثبت العتق بعد انتفاء الحقائق الاخر بالنافي (قوله ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى بمطلوبية حضوره فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف وان لم يمكن تجرد للاعلام والبنوة لا يمكن اثباتها من جهة العتق الا تابعا لو تخلق من ماء غيره ولا تثبت لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله لو قال لعبده يا عمي يا خالي أو يا أبي يا جدي أو يا ابني أو لجاريته يا عمتي يا خالتي أو يا أختي أو لعبده يا أخي لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على وجه يدفع واعلم انه اذا كان المقصود من النداء استحضار الذات الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبتا له مع النداء والا لا ولا شك ان الابنية لا يمكن اثباتها بذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره فقول المصنف لانه لو خلق من ماء غيره الى آخره لا فائدة فيه للقطع بانه اذا خلق من مائه لا تثبت الابنية الا بذلك التخليق من ذلك الماء لا باللفظ وهذا على ان ثبوته لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما يثبت لتصحيحه يجب كونه خبرا صريحا بخلاف ما تضمنه النداء بالوصف وعلى هذا فقدمنا تقريره في يا حر مساهلة لعدم اختلاف الجواب فان الثابت الحرية فان قرر ثبوتها اقتضاء الخبر الضمني أو اثباتا منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها الا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقق وصف الابنية غير انه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق اذا كان معلوم النسب (قوله لهم ان هذا كلام محال) أي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو نفسه واذا عد لغوا لم يوجب حكما أصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو

الولاء وهو يقتضي سابقة العتق بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي فان معناه يا من له السيادة والملك على ولم يثبت به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف وقوله (ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق) فرق بينهما وبين قوله يا حر في وقوع العتق به دونهما لان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما هو في قوله يا حر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال (على ما بينا) يعني في قوله لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى الخ واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية (وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق فيهما) أي في قوله يا ابني يا أخي والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة الفاظ في ظاهر الرواية يا حر يا عتيق يا مولاي وفي رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني و يا أخي والاعتماد على الظاهر وقوله (ولو قال يا ابن) ظاهر قال (وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله) اذا قال لعبده وهو أكبر سنا منه (هذا ابني عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق) وهو قول أبي حنيفة أولا (وهو قول الشافعي) ثبوت

وأصل هذه المسئلة ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند أبي حنيفة على ما عرف في الاصول وقد قررناه في التقرير فقالا الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة لامكان أن يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال اعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق وقال أبو حنيفة تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدا وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكت لان البنوة اذا ثبتت في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كأنه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا للكلامه بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لانه لا وجه للمجاز اذ ليس قوله أعتقتك قبل أن أخلق ملزوما لقوله أنت حر من حين ملكت لان الاول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي وروده البتة والشئ لا يكون ملزوما لما ينافيه والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله (وهذا يخالف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين) جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة لان القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك علي خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرير جوابه أن القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو الارش (حتى وجب على العاقلة في سنتين) بلفظ التثنية كذا في النهاية وذلك المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو مسبب لا يمكن اثباته وما يمكن اثباته ليس بمسبب وحاصله ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو أما الحقيقة فظاهرة وأما المجاز فلان قطع اليد خطأ ملزوم للارش الذي هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك وقوله (أما الحرية لا تختلف) معناه الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملك مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها (فأمكن جعله) أي جعل قوله هذا ابني (مجازا عنه) أي عن الحرية على تأويل العتق أو المذكور

رحمه الله لهم انه كلام محال الحقيقة فيرد فيلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولابي حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته إما اجماعا أو صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما أمكن اثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه

ثبوت العتق كما انه لما لغا قوله أعتقتك قبل أن أخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على ان شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الاصل فان المجازي ليس محلا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون مثلا مبتدأ وخبرا ومن سعد بانتهاض وجهه في المبنى سعد بهذا الفرع ونحوه وبه يعرف ان استدلال المصنف كله في غير محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب للعتق وانه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الاصل أي الحقيقي فتحرير محل النزاع أن تقول اتفقوا على ان المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به والاصل أن لا يصار الى المجاز الا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بدليل آخر واختلفوا في جهة الخلفية فعندهما الخلفية بينهما في الحكم يعني ان الحكم الذي يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي يثبته نفس هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند أبي حنيفة في التكلم يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الاصل والاول أوجه وان كان معنى الاخر صحيحا لانهم لم يحكوا خلافا سوى في جهة الخلفية وعلى ما قيل يكون فيها وفي الاصل أيضا انه نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي أو اللفظ الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الاسلام في تحرير قول أبي حنيفة يشترط صحة الاصل من حيث انه مبتدأ وخبر موضوع للايجاب بصيغته فاذا وجد وتعذر الحمل بحقيقته الى آخر ما ذكره ولا شك ان صحة الاصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي انما

قال المصنف (لهم انه كلام محال فيرد فيلغو) أقول يرد عليه هذا أسد الا أن يقولوا فرق بين افادة الحكم الشرعي وغيره والكلام المحال لا يفيد الاول فليتأمل قال المصنف (والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز) أقول نعم الا ان اعتباره مشكل هنا فانه في الاستعارة الا أن يجعل مثل زيد أسد مجازا وجوابه في التلويح

ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

هو في هذا ابني للاكبر منه أما في هذا حر فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي واستدل لهما مرة بأنه لابد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلابد من امكانه والا استحال لان الموقوف على المحال محال ومرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس السماء وشرب ما في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الاولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب الكفارة خلف عن البر ولما أمكن البر في الاولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم تنعقد فرأينا الخلف يعتمد قيامه امكان الاصل وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود أولى من غيره وأجيب عن الاول بأن توقفه على فهم الموضوع له على انه غير مراد لينتقل عنه الى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم امكان تحققه في الخارج ويجيب عن الثاني ان تلك الخلفية بين حكمين شرعيين ومعنى خلفية حكم شرعي لآخر هو كونه انما يتعلق شرعا بتقدير تعذر امتثال الاول وهذا فرع تعلق الاول وتعلق الخطاب دائر مع الامكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتيمم للوضوء فلا يتصور شرعا خلف استحال أصله لانه لا تعلق اذ ذاك ولم تجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وحينئذ ظهر انه لا ملازمة بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم امكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا وظهر بما ذكرنا ان حكم اليمين الاصلي هو وجوب البر لا البر نفسه والجواب عن الثالث ان هذا تصرف باللفظ بأن يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع ولم يعلم من جهة أهل اللسان انهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز وهو لا يحتاج شيأ سوى الى ادراك الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه ليس لنفسه بل لتستعلم العلاقة فانه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة الى مجرد فهمه أيضا غير مقصود بالذات فاشتراط امكان وجود المعنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فانه يستلزم ان لا يجوز زيد أسد فانه وزان هذا ابني للاكبر منه فان معنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الانسان أسدا والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته وما فرق به من ان هذا مستعار بجملته بخلاف هذا أسد لان المجاز في نسبته دون الالفاظ ممنوع واذا ثبت انتفاء هذا الشرط فاذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق يتجوز به فيه تعين نوى أو لم ينو اذ لا مزاحم كي لا يلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق علي من حين ملكته استعمالا لاسم الملزوم في لازمه ثم ان كان هذا دخل في الوجود عتق ديانة وقضاء والا فقضاء ولا تصير أمه بذلك أم ولده بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لانه لا طريق فيه الى المجاز فلغا ضرورة وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره الخ جواب عن مقيس آخر لهما وهو إذا كان قال لآخر قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين فانه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقي بل لتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع إيجاب المال به مطلقا فلغا ضرورة بخلاف ما نحن فيه لان الحرية لا تختلف ذاتها الحاصلة عن لفظ حر أو لفظ ابني فأمكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو وقوله (ولو قال هذا أبي الخ) جواب عما قيل انه يلغو فقال بل هو على الخلاف أيضا فعند أبي حنيفة

(ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف) وهو الاظهر وقوله (لما بينا) يعني من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني (ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف) والوجه ما تقدم (وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك) من بنوة أو حرية (الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة) في كلامه (فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب) وهذا يشير الى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أبو أبي عتق وقد ذكره بعض الشارحين (بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة

ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح

يعتق وأما لو قال لعبده الصغير هذا جدي فأجاب عنه أولا بأنه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق وأنه لا يعتق اتفاقا وهو ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب ولا وجود له في اللفظ (قوله ولو قال هذا أخي) أي لعبده (لا يعتق في ظاهر الرواية) وعن أبي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن وجه الروايتين ما بيناه حوالة وجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب الحرية في المملوك ويعرف منه وجه هذه وهو أن الاخوة سبب لعتق المملوك وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدي وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الى آخر ما ذكر ونظيره هنا ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب أو الام ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ولان الاخوة تقال لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب الا بدليل حتى لو قال من أبي أو من أمي أو من النسب عتق اذا عرف هذا فلا شك في صحة الاصل المذكور لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين أو يتعين هذا لانه أيسر كما قررناه في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء الا بالنية فان أجيب بأن اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا أخي فانه لا يعتق به ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال من أبي ونحوه عتق وبأن العتق بعلة الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولو دار بينهما كان المجاز أولى وأن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي بلا خلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع وفرق بينه وبين هذا أخي بأنه يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم فانه لا يستعمل للاكرام عادة وهذا يقوي ما أوردناه في هذا ابني فلا يخلص الا بترجيح رواية العتق في هذا أخي وهي ما نقلها المصنف (قوله ولو قال لعبده هذا ابنتي) وكذا اذا قال لامته هذا ابني لا يعتق وان كان يولد مثله لمثله لان الاول مجاز عن عتق في المذكر لانه لجهة البنتية حقيقة والثاني عنه في الانثى فانتفى حقيقته لانتفاء محل يتنزل فيه ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا فالعدم لازم مشهور وغيره ولئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازيين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع ان الاتفاق على منعه اللهم الا أن يعتبر المجاز عقليا في نفس اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت والياء حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالاشارة بالبنتية الى مسمى الياء عن نسبته اليه بالعتق فيتعين الاول وما ذكره المصنف بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الاصل في باب المهر وهو الذي أراده بقوله حققناه في النكاح والمشار اليه هنا مع المسمى جنسان لان الذكر والانثى في الانسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى أعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لان الثابت ذكر

ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بينا) اما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في المملوك سبب الحرية الخ فكذلك ههنا الاخوة في الملك توجب العتق واما وجه رواية عدم العتق فلقوله في مسئلة الجد لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وكذلك ههنا الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب أو الام لانها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بأن قال هذا أخي فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا أخي لابي أو لامي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد أخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة أيضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني أجيب بأن البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة (ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل هو على الخلاف وقيل هو) أي عدم العتق (بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى) لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما

(قوله أجيب بأن البنوة الخ) أقول فيه ان الاخوة حقيقة في المجاورة في صلب أو رحم على ما صرحوا مجاز في غيرها

قوله (وان قال لامته أنت طالق أو بائن) ظاهر الى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا تثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذى هو اسقاط محض وتقرير الجواب الاعتاق أيضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما وأما الاحكام فليست بواردة لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير ان الاعتاق ازالة المانع فاستوى الاعتاق والطلاق وقوله (ولهذا) أى ولكون العتق محتمل لفظه (يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه) لان مبنى المجاز على المناسبة والشئ لا يناسب شيأ الا والشئ الآخر يناسبه وانما قال على ما قاله مشايخهم لان المنصوص عن الشافعى لفظة الطلاق فحسب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية (ولنا أنه نوى ما لا يحتمله كلامه) لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير اذا قوى وطار عن وكره وفى الشرع أيضا كذلك لان العبد ألحق بالجمادات وبالاعتاق يحيا فيقدر والطلاق فى اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم أطلقت البعير عن القيد اذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك فى الشرع لان المنكوحة لم تزل مالكيته فانها قادرة الا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين اثبات القوة الشرعية فى محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة فى محلها مناسبة ولا خفاء أن الاول أقوى والادنى لا يصلح أن يكون مستعارا للاعلى على ما ذكر ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن واما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصلا وكل ما كان هو أقوى فاسقاطه اقوى فملك اليمين مستعمل اسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما دون حقيقته لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين فى الحقيقة هو فى أحدهما أقوى منه فى الآخر وأنت ترى الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فتدعى ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى وتطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك شجاع وأنت تريد ان تلحق جرأته وقوته بجرأة الاسد

(وان قال لامته أنت طالق أو بائن أو تخمرى ونوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعى رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله له أنه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح فى حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين فى اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد ألحق بالجمادات وبالاعتاق يحيا فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول أقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع فى المتنازع فيه وانساغ فى عكسه

(قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح) كأنت مطلقة والطلاق والكناية كما لو قال لامته أنت على حرام أو بائن أو بتلة أو بتة أو بنت منى أو خلية أو برية وحبلك على غاربك واخرجى وقومى واذهبى واغربى واختارى فاختارت نفسها وتقنعى أو قال ذلك لعبده أو قال له طلقتك لا يعتق فى ذلك كله وان نوى بخلاف ما تقدم من قوله أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعى يعتق فى ذلك كله اذا نوى وعن أحمد روايتان احداهما كقولنا والاخرى كقوله (قوله لان بين الملكين) أى ملك الرقبة وملك النكاح (موافقة) (قوله اذ كل منهما الخ) حاصله انه اثبات للمشابهة بين الملكين أعنى ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما أما الاول فان النكاح فى حكم ملك العين شرعا لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأبيد له كما فى البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى انه يبطل به اذ هو لازم الملك المنفعة أعنى الاجارة ويستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الاجارة وأما الثانى فان كلا من التصرفين اسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه وأما الاحكام التى هى ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الاموال وهى معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فان هذه خصائص الآدمية فالآدمية مع التكليف هى السبب وانما امتنعت بمانع الرق وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضى كالزوجة فى حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا يسلب أهليتها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ولهذا يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لان صحة الاول للمناسبة وهى مشتركة لانها نسبة بين الطرفين فاذا ناسب الشئ غيره ناسبه الآخر (قوله ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه) أى ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ

مستعمل فى المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المسمى الشرعى كما لو قال اسقنى ينوى به العتق أو الطلاق لا يقعان وانما قلنا انه لا يسوغ استعماله فيه لان مسوغ استعمال اللفظ فى المعنى إما اوضعه له أو التجوز به فيه والاول منتف وكذا الثانى لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها وهذا ما يقال ان نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعانى المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة الحاصل معنى قوله كل لفظ وجد بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلمتكلم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه انه استعمل اللفظ باعتبار جزئى من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحققه فى ذلك الجزئى أو نقل اعتباره والثابت عنه فى علاقة المشابهة أن يكون فى وصف خارج ظاهر فى المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه فى المتجوز به فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا فى المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص والا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتباره الى ما ليس هو فيه فللاول لا يجوز التجوز بأسد للابخر والمحموم مع أنهما وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما وللثانى وجب أن لا يكون المعنى المشترك فى محل المجاز أكثر منه فى محل الحقيقة اذا عرف هذا فنقول الاعتاق انما هو اثبات تلك القوة التى فصلنا فرعها العلم بعدم ملك تلك الامور قبله والاصل فى اضافة عدم الشئ أن يكون الى عدم المقتضى لا الى قيام المانع لان عدمه هو الاصل فى عدم الحكم لان الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى ولو سلم فالاصل عدم المقتضى فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت ودعواه أنه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضى ملكا أما عقلا فظاهر وشرعا لم يثبت بل انما يثبت شرعا دوران ذلك الملك مع الحرية فلتكن هى السبب الشرعى والطلاق لازالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا لان ملكها متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ولا مناسبة بين ازالة المانع فى محل ليعمل الملك القائم عمله وبين اثبات الملك الزائل لمحل العلاقة لتجوز التجوز وهى أن تكون مختصة بالمتجوز عنه أى ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه فى محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا فان الاسقاط المشترك ثبوته فى العتق أكثر وأوفر منه فى الطلاق والتجوز بلفظ الطلاق يقتضى كون الطلاق هو الاكثر اسقاطا وأشهر به فلذا اجاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ولان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب فى المسبب بخلاف قلبه فانه المسبب فى السبب وهو ممنوع إلا إن اختص والا وجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة وما قيل ليس سببا أيضا بدليل أن الامة لو كانت متزوجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة انما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها ألا ترى ان البول بعد الريح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وعلى من يلتزم انه يوجب حدثا آخر يمكن أن يقال أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة فعن هذا قيل الكنايات منها ما يقع العتق به بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك أو ملكتكها أو وهبت نفسك منك أو أوصيت لك بنفسك أو بعت نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاحتياج اليها اذا كانت تحتمل معانى وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت عنها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم ومنها ما لا يقع وان نوى كلفظ الطلاق وكناياته والتحقيق فى مثل الاول أن يقال انه ملحق بالصريح كما فى مولاى من حيث ان ما سوى العتق انتفت ارادته فتعين فألحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازى وهذا بناء على ان الصريح يخص الوضعى والا فيجعلان صريحا

وقوله فتدعى الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم القوى على الضيف دون العكس واذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق دون عكسه والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب ان فى الاولى منع المناسبة واظهار السند بأن الاعتاق اثبات والطلاق رفع فأنى يتناسبان وفى الثانى تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق أقوى وهو ينافى الاستعارة

(قوله والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب أن فى الاولى منع المناسبة واظهار السند بأن الاعتاق اثبات) أقول بعد ما تبين بالدليل الذى نقله من الشافعية ان الاعتاق اسقاط لا وجه لهذا المنع والسند ثم بضيع التعرض على هذا الكون الاول أقوى

وقوله (واذا قال لعبده أنت مثل الحر) اطلاقه يشير الى أنه نوى العتق أولم ينو لم يعتق وذكر فى المبسوط لم يعتق الا بالنية وفى تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا فوقع الشك فى الحرية ولاشك انه اذا نوى الحرية زال الشك وقوله (عرفا) يجوز أن يراد به العرف العام فان العامة يستعملونه للمشاركة فى بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم اوخط أوجود أوغيرها ويجوز أن يراد به العرف الخاص فان بعض أهل العلم يستعملونه فى الاتحاد بالحقيقة وقوله (ولو قال ما أنت الا حر الخ) ظاهر

﴿ فصل ﴾ لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختيارى الذى هو الاصل ذكر فى هذا الفصل عامة مسائل العتق الذى يحصل بغير اختيار كارث قريبه وخروج عبد الحربى الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم فى الاصل وعاء الولد فى بطن أمه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذى لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضى الله عنهم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائى واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أوغيره فان قيل الضمير فى مثله يعود الى من كما فى قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار أبى سفيان فهو آمن وأمثاله فلا يكون حجة أجيب بأن وقوعه جزاء لقوله من ملك ينبوعن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيأ فقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد وان فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطفه بالفاء التى للتعقيب فلا يعتق مالم يعتقه أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ومحمله ان مثله يستعمل فى حصول الثانى بالاول لا بسبب آخر كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضربه فأوجعه وأمثاله

(واذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق) لان المثل يستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا فوقع الشك فى الحرية (ولو قال ما أنت الا حر عتق) لان الاستثناء من النفى اثبات على وجه التأكيد كما فى كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لانه تشبيه بحذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن

﴿ فصل ﴾ (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أوغيره

وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه فى كتبنا (قوله ولو قال ما أنت الا حر عتق) لان الاستثناء من النفى اثبات على وجه التأكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ فى الاصول وقد بيناه فى الاصول وانه لا ينافى قولهم الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا واما كونه اثباتا مؤكدا فلوروده بعد النفى بخلاف الاثبات المجرد (قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميعه) وهذا يقتضى أنه لا ينوى كما لو قال رأسك حر فانه لا يحتاج الى النية لكن المسئلة منقولة فى نوادر ابن سماعة لو قال رأسك حر عتق اذا نواه وفى نوادر هشام قال أبو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفى الهارونى لو رآها تمشى فقال هذه مشية حر أو تتكلم فقال هذا كلام حر لم تعتق الا أن يقول أردت العتق وهذا قول أبى يوسف وقال الحسن بن زياد من قول نفسه يعتق فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفى نوادر ابن سماعة عن محمد قال حسبك حر أو أصلك حر وعلم أنه من سبى لا يعتق لانه صادق وكذا لو قال أبواك حران وفى نوادر المعلى قال أبو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهى حرة فى القضاء ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق وفى نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال استك حر كان حرا وكذا ذكرك حر وتقدم

﴿ فصل ﴾ أعقب العتق الاختيارى بالاضطرارى (قوله وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه النسائى عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثورى عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه وضعفه البيهقى والنسائى بسبب ان ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من أرسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره

﴿ فصل ﴾ ومن ملك ذا رحم محرم (قوله وولد الامة من مولاها) أقول فيه شئ فان العتق بدعوة المولى كما لا يخفى (قوله والرحم فى الاصل وعاء الولد الى قوله ومنه ذو الرحم) أقول فيه شئ (قوله أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح) أقول المراد عدم صحة كونه دليلا لا نفى صحة الحديث

والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق أو الاستدلال به ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما رويناه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه

وان لم يحتج به في الصحيح وأما الحديث الثاني وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فأخرجه أصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أبو داود وغيره انفرد به عن الحسن عن سمرة قال وقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد وقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمر موقوفا وروى من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلي بأسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلا زوج ابن أخيه مملوكته فولدت أولادا فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي أولادا فأراد أن يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط أن ابن عباس قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته واني أريد أن اعتقه فقال صلى الله عليه وسلم فان الله قد اعتقه (قوله والشافعي الخ) وبقولنا قال أحمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قول أكثر العلماء وفي الغاية روي ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن ابن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولادة والاخوة والاخوات لا غير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا لقد أحصاهم وعدهم عدا وكلهم آتيه يوم القيامة فردا ثبت به أن الابنية تنافي العبدية فاذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فارواه والتعقيب حاصل اذ العتق يعقب الشراء وانما أثبتناه الملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فائدة في اثباته لا ستعقاب البينونة (قوله له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك) في الولاد (ينفيه القياس) على غير القريب من العبيد وعلى سائر الاملاك اذ لا تخرج عن ملك مالكها من غير رضا واختيار (أو لا يقتضيه) القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الا من لا يعتد بخلافه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق أي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال أي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كأبناء الاعمام والعمات وأبناء الاخوال والخالات ويجب رد المتنازع فيه الى ما هو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني أشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلأن قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية وأما الثاني فلانا رأينا احكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاتب فكذا في هذا الحكم (قوله ولنا ما رويناه) فيضمحل معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره (ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه)

قوله (والشافعي يخالفنا في غيره) أي في غير الولاد واستدل بأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال أي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه وههنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه

(قوله وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس) أقول ولا يبعد أن يعكس فيقال كل ما ينفيه القياس لا يلحق به بدلالة النص وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره بالاستدلال أي بالقياس

أما انه ملك ذلك فبالاجماع وأما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة فى الولاد والولاد ملغى لانها أى القرابة المؤثرة فى المحرمية هى التى يفترض وصلها و يحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعى وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة فاستدل به ولمشايخنا هنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صينت عن أدنى الذلين وهو ذل النكاح فلان تصان عن أعلاهما اولى فان ادعى ان ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعى تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا واجماعنا على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى لامحالة ولا فرق بين أن يكون المالك مسلما أو كافرا وكذلك المملوك لعموم العلة وهى القرابة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القرابة ان أوجبت العتق

وهذا هو المؤثر فى الاصل والولاد ملغى لانها هى التى يفترض وصلها و يحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

كما فى الولاد (وهذا) أعنى كونه قرابة مؤثرة فى المحرمية (هو المؤثر فى الاصل) وهو قرابة الولاد يعنى هو الذى تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى ولو سلم فغاية ما صنع انه أرانا عدم العلة فى الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الاصل باخرى متعدية الى مالم يتعدا اليه تلك وهى ما عيناه من القرابة المحرمية لانها قد ظهر أثرها فى جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذى هو أدنى الذلين فلأن يؤثر فى دفع أعلاهما وهو ملك الرقبة أولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذى لا نزاع فى صحته والنص أيضا دل على تعينه وهو ما روينا فانه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف وهذا يفيد الغاء ما عينه وقول المصنف (حتى وجبت النفقة) الزام بمختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ألزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقا وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان الراوى قد يصل وكثيرا ما يرسل ومعلوم أنه اذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة وغاية الامر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعى فيقبل اذا عملت الصحابة على وفقه وأنت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد فى هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم فى غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لانه الحاق بالاشبهية ولا أثر له ولو كان صحيحا عنده فالمعنى الذى ظهر أثره فى جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع (قوله والافتراض عند القدرة) جواب عن اعتباره لعدم التكاتب فقال عليه العلة التى عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة وانما هى قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاد مما تنتظم كتابته بخلاف كتابة الولاد فانه لكون الجزئية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع أجزائه على أن عن أبى حنيفة أنه يتكاتب على الاخ وهو قولهما فقلنا ان نمنع والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما فى قرابة الولاد باعتبار انه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه وهذا المانع منتف فى غير الولاد (قوله

أوجبت باعتبار الصلة على ما أشار اليه المصنف بقوله هى التى يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الاعتاق أيضا أجيب بان علة النفقة ليست القرابة المجردة فى الاخوة بل بصفة الوراثة لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما يبنى عليه وانما قال أو كافرا فى دار الاسلام لان الحربى لو ملك فى دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق فانه لو أعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم انفاذ العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبى والمجنون اذا أعتقا لم ينفذ وأما اذا ملك ذا رحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل أن ما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق أيضا لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم التصرف منه ومالزم بالزامه يلزم بالالتزام أيضا بالاستقراء الا انا تركنا هذا الاصل فى حق الصبى والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وهما ليسا من أهله لما عرف فى موضعه وكذا اذا أعتق المسلم عبدا حربيا فى دار الحرب لم يعتق عليه قال فى النهاية وبهذا يعلم ان قوله فى دار الاسلام فى الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله

(قوله حتى وجبت النفقة وحرم النكاح الخ) أقول يعنى علم تأثير تلك القرابة فى جنس هذا الحكم وهو حرمة النكاح (قوله فان رافع الاعلى يرفع الادنى الخ) أقول محل تأمل ويمكن جوابه بما مر من المصنف فى فصل وعلى الرجل أن ينفق على أبويه فى تعليل قوله ولا يجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم قوله قوله والافتراض الخ كذا فى عدة نسخ وهو مقدم عن محله اه مصحح

ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا الاينحصر تعلقه بقوله أو كافرا وقوله (والمكاتب اذا اشترى أخاه) جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب فى غير الولاد وتقريره لانسلم انه لايتكاتب عليه بل قد روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الاخ أيضا ولئن سلمنا فانما لايتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق لانه عبد ما بقى عليه درهم وانما ألحق بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لاقدرة له على الاعتاق لايعتق عليه لان فرض المسئلة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد أجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه كما كان مقصودا بالكتابة لكونه يتغير بالرق فكذلك رق الوالد والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا المقصود العقد وأما حرية الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه أو أبيه وقوله وهذا بخلاف ما اذا ملك بنت عمه) جواب نقض اجمالى تقريره لو كان تملك ذى الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التى هى أخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد بالمحرميه محرمية أثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لانه كان معلوما من أصل دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة فى المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبى جعل أهلا لهذا العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما فى ملكهما بغير صنع منهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة وهى تملك ذى الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة قال (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى) ومن قال لعبده أنت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من أهله مضافا الى محله من غير مانع شرعى فيترتب الحكم عليه ووصف القربة وهو كونه لوجه الله تعالى فى الوجه الاول زيادة فلا يخل العتق بعدمه فى اللفظين الاخيرين يعنى الشيطان والصنم وقوله (وعتق المكره) واضح وقد تقدم فى الطلاق (وان أضاف العتق الى ملك) بأن يقول لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر (صح كما فى الطلاق) وان علق بشرط كقوله ان دخلت الدار فأنت حر فكذلك اما الاضافة ففيه خلاف الشافعى وقد تقدم بيانه وأما التعليق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط

ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا فى دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى أخاه ومن يجرى مجراه لايتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا المقصود العقد وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الاخ أيضا وهو قولهما فقلنا أن نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهى أخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبى جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق) لوجود ركن الاعتاق من أهله فى محله ووصف القربة فى اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه فى اللفظين الآخرين (وعتق المكره والسكران واقع) لصدور الركن من الاهل فى المحل كما فى الطلاق وقد بيناه من قبل (وان أضاف العتق الى ملك أو شرط صح كما فى الطلاق) أما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعى رحمه الله وقد بيناه فى كتاب الطلاق وأما التعليق بالشرط فلانه اسقاط

(قوله ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا فى دار الاسلام) وكذا لافرق بين ما اذا كان العبد مسلما أو كافرا فى دار الاسلام لعموم العلة وهى القرابة المحرمية وقيد بقوله فى دار الاسلام لانه لاحكم لنا فى دار الحرب فلو ملك قريبه فى دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه فى دار الحرب لايعتق خلافا لابى يوسف وعلى هذا الخلاف اذا أعتق الحربى عبده فى دار الحرب ذكر الخلاف فى الايضاح وفى الكافى للحاكم عتق الحربى فى دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا اما اذا أعتقه وخلاه قال فى المختلف يعتق عند أبى يوسف وولاؤه له وقالا لاولاء له لكن عتقه بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة القياس أن لايعتق بدون التخلية لانه فى دار الحرب ولا تجرى عليه أحكام الاسلام وفى الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ولاولاء له عندهما وهو القياس وقال أبو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع أبى يوسف فى كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما فى الايضاح ان يراد بالمسلم ثمة الذى نشأ فى دار الحرب وهنا نص على انه داخل هنالك بعد ان كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة المورثة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين (قوله وعتق المكره والسكران واقع) فى المكره خلاف الائمة الثلاثة والاكراه لايزيل الا الرضا والعتق لايتوقف عليه ولذا جاز عتق الهازل وفى السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم فى الطلاق (قوله اما الاضافة الى الملك) كان يقول ان ملكتك أو ملكت عبدا ونحوه فهو حر (ففيه خلاف الشافعى)

(قوله لأن المكاتب ليس له ملك تام الخ) أقول فيه بحث فان للمكاتب أن يكاتب كما سيجىء فى كتاب المكاتب فلو صح هذا الكلام يلزم أن لايجوز فليتأمل

فيجرى فيه التعليق بخلاف التمليكات على ماعرف فى موضعه (واذا خرج عبد الحربى الينا مسلما عتق) لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وان أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها) اذ هو متصل بها (ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها) لانه لاوجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع

أى وحده فان مالكا وافقنا فيه وكذا عن أحمد وفرق بينه وبين الطلاق اذ لم يجوز اضافته الى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب اليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على ماعرف فلم يفترقا فى ذلك (قوله فيجرى فيه التعليق) لاخلاف فيه بيننا وبين الشافعى رحمه الله انما الخلاف فى انه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق الى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق و وجود الشرط لايبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبنى على انعقاد المعلق سببا فى الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط (قوله واذا خرج عبد الحربى الينا مسلما عتق) سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما أولا وقيد بالخروج لانه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق وبقولنا قالت الائمة الثلاثة وقال الاوزاعى اذا خرج سيده مسلما رد اليه وعند الظاهرية اذا أسلم عتق خرج أولم يخرج وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك ثم أجاب بأنا لم نقل بهذا الاعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج اليه مسلما من عبيد أهل الطائف وهى بعد الخندق بدهر وبدعوى نسخ تملك الكافر للمؤمن بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولاشك فى اتجاه الايراد وهو مما يصلح دليلا لنا وفى الجواب مالايخفى (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف) أخرج أبو داود فى الجهاد والترمذى فى المناقب عن على رضى الله عنه واللفظ لابى داود قال خرج عبدان بكسر العين الى النبى صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يامحمد والله ماخرجوا رغبة فى دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يارسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما أراكم تنتهون يامعشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم اليهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب لانعرفه الامن هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدى فى غزوة الطائف من كتاب المغازى جماعة من العبيد خرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدهم واحدا واحدا أبو بكرة ووردان والمنبعث والازرق ومحسن النبال وابراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق كل هؤلاء أعتقهم صلى الله عليه وسلم فلما أسلمت ثقيف تكلموا فى هؤلاء أن يردوا الى الرق فقال صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله لاسبيل اليهم وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدى عن أبى بكرة أنه خرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفى مراسيل أبى داود فلما أسلم مواليهم رد النبى صلى الله عليه وسلم الولاء اليهم وفيه مجهول وأخرجه البيهقى مرسلا وقال ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا يارسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال لا أولئك عتقاء الله ورد الى كل رجل ولاء عبده (قوله ابتداء) احتراز عن بقاء الرق فانه يبقى بعد الاسلام بعد ثبوته بطريقه (قوله عتق حملها) باجماع الاربعة ولو استثناه لايصح كاستثناء جزء منها خلافا لاحمد واسحق والنخعى والشعبى وعطاء وابن سيرين وقولهم مروى عن ابن عمر وأبى هريرة وقال أبو يوسف اذا خرج أكثر الولد فأعتقت لايعتق هو لانه كالمنفصل فى حق الاحكام حتى تنقضى به العدة ولو مات وهو فى هذه الحالة نورث بخلاف ما اذا مات

(يجرى فيه التعليق) بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعى بوجه آخر وهو ان زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لايبطله فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف فى الاصول (واذا خرج عبد الحربى الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد طائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله) روى ابن عباس رضى الله عنهما ان عبدين من الطائف خرجا فأسلما فاعتقهما النبى صلى الله عليه وسلم (ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء) وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لانه فى البقاء من الامور الحكمية دون الجزائية فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود أسبابها وقوله (وان أعتق حاملا) ظاهر

(قوله فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود أسبابها) أقول الكلام فى عتقهم بالخروج الينا فكيف يلزم الاسترقاق ابتداء قبل ثبوت عتقهم فليتأمل

واعترض عليه بأنه لولم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة وأجيب بأنه لما أعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الام بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الامة واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط على ما سيجيء وقوله (واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز) قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي أن يتوقف العتق الى أن يبلغ الحمل الى حد يكون من أهل القبول وهو أن يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد وأجيب بان ذلك في صريح الشرط وأما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على وكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في

طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه يقتضي أنه ان ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه والاولى أن يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلا للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصدا للاعتاق بلا مال أو يحمل حاله على ذلك صونا لكلامه عن الالغاء وقوله (على ما مر في الخلع) قال في النهاية هذه حوالة غير رائجة ويحتمل أن يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير فان في شروحه فرق بين الخلع والاعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع ان الاجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة

ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا (ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال) اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر منه لانه أدنى مدة الحمل قال (وولد الامة من مولاها حر) لانه مخلوق من مائه

مات قبل خروج الاكثر (قوله ثم اعتاق الحمل صحيح) عند الجمهور خلافا للظاهرية فانهم لا يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق أمه تبعا له ولا يجوز بيع الام إذا عتق ما في بطنها ويجوز هبتها والفرق ان استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة (قوله لما فيه من قلب الموضوع لم) واما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس وقد يقال هذا انما يرد نقضا لو كان عتق أم الولد تبعا لعتق ابنها بالنص وهو منتف اذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقية رقه وليس كذلك لانه يعلق حرا فلا يرد نقضا أصلا ليحتاج الى الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس وسنذكر أنه انما يعتق اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من حين أعتقه (قوله والقدرة عليه) أي على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه (قوله على ما مر في الخلع) الحوالة غير رائجة فانه لم يذكره في هذا الكتاب والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبي أن العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك أي شيء نفيس ولا يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما في البيع والاجارة بخلاف المرأة فانها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها الان ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الاجنبي فاذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا لا يصح بطريق الكفالة لانه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل فلذا لو قال للامة أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منه عتق بلا شيء لانه لا يجب له على أمته شيء بسبب غيرها (قوله لاقل من ستة أشهر منه) أي من وقت العتق فلو جاءت به لستة أشهر فصاعدا منه لا يعتق الا أن يكون حملها توأمين جاءت بأولهما لاقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر أو تكون هذه الامة معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق حينئذ فيعتق لانه كان محكوما بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه وعلى هذا فرع ما لو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لابيه ان كان له أب حر لانه

المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله وكان في مقابلة شيء يحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري وقوله (وانما يعرف قيام الحبل) واضح لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله (منه) أي من وقت العتق قال (وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه

(قوله واعترض عليه بانه لولم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة) أقول الانسب لتمشية السؤال طرح قوله بخلاف الهبة قال المصنف (ولو أعتق الحمل على مال صح) أقول قال في الكافي ولو أعتق الحمل على مال بأن قال لأمته أعتقت ما في بطنك على ألف درهم عليك فقبلت اه وفيه بحث

قوله قوله لما فيه الخ مؤخر عن محله كتبه المصحح

فيعتق عليه هذا هو الاصل) يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء (ولا معارض له فيه) أي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له فيكون الماآن له بخلاف أمة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة و ولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماءين و يرجح جانب الام بامور منها الحضانة وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لما هو قبلها ومنها الاستهلاك ماءه بمائها لكون مائها في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والاول أرجح لا محالة ومنها ان الولد مادام جنينا فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا أما حسا فانه يتنفس بنفسها و ينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها وأما شرعا فلانه يعتق بعتقها وفيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به عليه وقوله (والمنافاة متحققة) جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف (٣٧٦) الولد من المولى فانه للمولى أي جانب اعتبر وقوله (والزوج قد رضي به) جواب عما يقال اذا اعتبر جانب الامة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها يتضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوج الامة عالما بأن الولد رقيق وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله (بخلاف ولد المغرور) ظاهر (وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح) على ما ذكرنا (فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) وانما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون قوله (والتدبير وأمية الولد والكتابة كالتفسير لذلك) والله تعالى أعلم

فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجح جانب الام باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به (وولد الحرة حر على كل حال) لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وأمومية الولد والكتابة والله تعالى أعلم

حر وان لم يكن تكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لستة أشهر لا شئ عليه لانه عبده كذا ذكر (قوله فيعتق عليه) التحقيق أنه يعلق حرا إلا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يقتضيه ظاهر العبارة فانه يجب القطع بأن ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين لان ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فان ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بأنه مخلوق من مائها بيقين بخلاف الرجل والولد لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي عن الاب ويثبت النسب منها بالزنا وبعد الملاعنة حتى يتوارثان دون الاب فكان ماؤها أولى بالاعتبار عند التعارض أو لاستهلاك مائه بمائها لانه في موضعه و يزداد قوة منها الامه أو ترجح بالحضانة والتربية أو لانه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض و يعتق بعتقها و يستثنى من بيعها والزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوجها مع العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه فتجب قيمته (قوله كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) أورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما فالرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى أو حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه ما لم يقم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه فأول ما يؤخذ الاسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالانسان

(قوله وفيه نظر لان حق الحضانة الخ) أقول قال المحشي الشهير بيعقوب باشا أجيب بان حق الحضانة حق ثابت للام سواء كانت قبل الولادة أو بعدها فيجوز أن يكون مرجحا لجانب الام والكلام في ترجيحه فيتم كما لا يخفى اه وفيه شئ قال المصنف (فيعتق عليه) أقول قال ابن الهمام الولد يعلق حرا فانه يجب القطع بأن ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا لا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين اه ولو أجريت العبارة على ظاهرها لم يتفرع على ما سبق كما لا يخفى قال المصنف (هذا هو الاصل) أقول أي كون الولد مخلوقا من ماء الوالدين يكون له دخل فيه هو الكثير الغالب وان كان يقع خلافه قليلا كعيسى وآدم عليهما السلام فلا يرد انه كيف يكون هذا هو الاصل مع ترجيح جانب الام فليتأمل (قوله جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض الخ) أقول لا بد لنا في التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر (قوله وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته) أقول ولا يخفى عليك انه يتم المرام بعلمه بعد شرعيته

أخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم (واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة وقالا يعتق كله وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي) يعني اذا كان المعتق واحدا أو موسرا ان كان العبد مشتركا وأما اذا كان معسرا فالملك الساكت باق كما كان حتى جاز له أن يبيع ويهب على ما يجيء وكل ما لا يتجزأ (فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله) قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لانه محال بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزأ فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى أن اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق (٣٧٧) عن المحل كله أم لا عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل (لهم أن الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق) لان المحل لا يخلو عن أحدهما فازالة أحدهما توجب اثبات الآخر وهما لا يتجزآن بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزي العتق لانه اذا تجزأ فاما أن يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة أو لا يثبت شيء أو يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق (فصار) الاعتاق (كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد) في عدم التجزي فان قلت قد تقدم أن الاعتاق عند الشافعي اسقاط كالطلاق فكيف جعله ههنا اثباتا للعتق قلت يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهم أن الاعتاق الخ (ولابي حنيفة أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك) وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف (أو هو) أي الاعتاق (ازالة الملك) لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا هو ازالة الرق ليلزم عدم التجزي (لان الملك حقه) أي حق المعتق (والرق حق الشرع) لان الكافر لما استنكف أن يكون عبد الله جازاه الله فصيره عبد عبده (أو حق العامة) لان الغانمين كما يقسمون غير الرقيق يقسمونه

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

(واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله) وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم أن الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك أو هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة

بالانسان وبالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق وبالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فبين بما أنه يتبع الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين المأكول وغير المأكول كالحمار الانسي مع الحمار الوحشي يؤكل واذا تولد بين الوحشي والانسية كالبقرة يتزوج عليها حمار وحش يجوز التضحية به ولا اختلاف مفهوميهما قد يختلفان في الكمية في شخص فهما كاملان في القن ورق أم الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته والحاصل أن الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين دينا والله سبحانه أعلم

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة الى بيان أحكامه أمس منها الى ما يندر وجوده وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله (قوله واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة) وتعتبر قيمته في الحال والاستسعاء أن يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه وسيجيء أنه اذا امتنع

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

(قوله أخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه الخ) أقول أولا لأن إعتاق الكل أفضل وأكثر ثوابا وثانيا لأنه أكثر وقوعا (قوله حتى جاز له أن يبيع ويهب) أقول يعني عبده (قوله أو يثبت بعضه) أقول أي بعض العتق (قوله أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الخ) أقول قوله وهو راجع الى الملك

(وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره) وهذا كما ترى بناء لكلامه على أحد أمرين كل منهما مستقل بافادة المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك والملك متجزء فالاعتاق كذلك وانما قلنا بانه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل ماهو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالاعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما تكون على ماهو حقه وحقه الملك فولايته انما تكون على الملك وأما أن الملك متجزء فذلك بالاجماع لكنه تعلق به أمر غير متجزء وهو العتق وتعلقه به لايستلزم تجزئته ولا تجزئة علته كجواز الصلاة فانه أمر غير متجزء تعلق بمتجزء وهو الاركان وكذلك الطهارة أمر غير متجزء تعلق بمتجزء وهو غسل الاعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزئتها ولا علتها وهي ارادة الصلاة هذا تقرير أحد الامرين وتقرير الآخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجزء فالاعتاق ازالة متجزء وازالة المتجزى متجز وبيان ذلك ماذكرناه وهذا أسهل مأخذا ثم اذا تجزى الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية (والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده) أي عند أبي حنيفة (لان الاضافة) أي اضافة الاعتاق (الى البعض توجب ثبوت المالكية) للعبد (٣٧٨) (في الكل) باعتبار العتق لأنه لايتجزأ (و بقاء الملك في بعضه يمنعه) عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق فانه لايتجزأ فقد اجتمع في العبد ماوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى ويجوز أن يكون معناه اذ هو أي معتق البعض مالك يدا لاجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب ويجوز أن يكون معناه اضافة العتق الى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول أبي حنيفة فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة (فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق) فان قيل لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز أجاب بقوله (غير أنه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى أحد) والاسقاط لا الى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لأنها انما تحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لايقبل الفسخ (بخلاف الكتابة المقصودة) فانها اسقاط من المولى الى المكاتب اقدارا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال و يفسخ وفي بعض النسخ

وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره والاصل أن التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدى الى ماوراءه ضرورة عدم التجزى والملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله و بقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير أنه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال و يفسخ

عن السعاية فعل ذلك اذا كان له عمل معروف وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا وانما يصار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر أن هذا اذا عين مقدارا كربعك حر ونحوه فلو قال بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة أسداسه وقوله عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فانه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قول المصنف وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق أي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لايتجزأ وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحدا أو كان لشريكين والمعتق موسر أما اذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزى الاعتاق تجزى المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزى وعدمه فان القائل العتق أو الاعتاق يتجزأ لم يرده بالمعنى الذي يريده به قائل انه لايتجزأ وهو زوال الرق أو ازالته اذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك أو ازالته ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي أن يقال اختلف في تجزى العتق وعدمه أو الاعتاق بل

(قال المصنف وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف الخ) أقول أي التصرف الذي له حكم هو التصرف الذي يدخل الخ فحكم التصرف من اضافة الصفة الى الموصوف (قوله لان الاعتاق تصرف الى آخر قوله فولايته انما تكون على الملك) أقول فيكون الاعتاق هنا مجازا في الازالة التي هي سببه كما لايخفى حيث لم يوجد اثبات العتق ولا هو يقدر عليه (قوله ولا علتها) أقول لم يعد الجار جريا على مذهب الكوفيين (قوله وتقرير الآخر الاعتاق الخ) أقول فالاعتاق حينئذ على حقيقته (قوله باعتبار العتق لانه لايتجزأ) أقول فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده (قال المصنف لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله) أقول فيه بحث فان اللازم كما قرره آنفا خلاف ذلك ولعل هذا مستغنى عنه و يكفي في اثبات المطلوب لما كان بعضه مملوكا و بعضه غير مملوك كان كالمكاتب

وليس فى الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فأثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفى القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد

بل الخلاف فى التحقيق ليس الا فيما يوجبه الاعتاق أولا وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزى موجبه غير أن زوال الرق لا يثبت الا عند زوال الملك عن الكل شرعا كحكم الحدث لا يزول الا عند غسل كل الاعضاء وغسلها متجزئ وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هى قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع وانكاح بنته ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه فى بعضه شائعا فقطع بعدم تجزيه والملك متجزئ قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقى وحينئذ فينبغى أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولا زوال الملك أو الرق لانه محل النزاع والوجه منتهض لابى حنيفة أما المعنى فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحقه الملك أما الرق فحق الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالاعتاق زوال الملك أولا ثم يزول الرق شرعا اتفاقا اذا زال لا الى مالك وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا والا لكان البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة ازالة الملك لا الى مالك لان ذلك هو المسمى بالعتق لا لازالة الملك كيفما كان وأما السمع فما فى الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق أفاد تصور عتق البعض فقط وقول أيوب لا ندرى أشئ قاله نافع أو هو شئ فى الحديث لا يضر اذ الظاهر بل الواجب أنه منه اذ لا يجوز ادراج مثل هذه من غير نص قاطع فى افادة أنه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يوجب فى الحديث علة قادحة وكذا ما رواه البخارى أيضا عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصا فى مملوك فخلاصه عليه فى ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه أى لا يغلى عليه الثمن أفاد عدم سراية العتق الى الكل بمجرد عتق البعض والا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر وأما ما روى لهما من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له فى مملوك أو شركا له فى عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفى لفظ فقد عتق كله فانما يقتضى عتق كله اذا كان له مال يبلغ قيمته وليس مدعاهما ذلك بل أنه يعتق كله بمجرد اعتاق بعضه كان له مال أو لا فقد أفادت الاحاديث أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وان وردت فى العبد المشترك واستدل أيضا بدلالة الاجماع وهو أن المعتق اذا كان معسرا لا يضمن بالاجماع ولو كان اعتاق البعض اعتاقا للكل واتلافا له لضمن مطلقا كما اذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لانسان ثم رجع بعد القضاء فانه يضمن موسرا كان أو معسرا لكن قد يقال فى هذا ان السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق فى قوله عليه السلام فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم فى قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وهو مروى عن على وعمر بخلاف ما قيل ان قول عمر قولهما فقد أسند الطحاوى الى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها وكان بينى وبين أمى وأخى الاسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال اعتقوا أنتم فاذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم فيه أعتق والا ضمنكم أثبت لعبد الرحمن الاعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت فى العبد اعتاقهما وانما قلنا ذلك لان الرق لا يتجزأ زوالا عند أحد فلزم المطلوب وهو أن النازل بالاعتاق بالذات زوال الملك واذا ثبت ذلك لزم فى اعتاق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر أى يزول ملكه عنه ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها واذا ظهر أن ما زال بالاعتاق هو الملك والرق ثابت فى كله

لانه اسقاط لا الى أجل يعنى بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى أجل وهو وقت أداء البدل وقوله (وليس فى الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة) جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص ووجهه أنا لم نثبت العتق فى الكل لامكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهى الكتابة يصار اليها وليس فى الطلاق والعفو ذلك (فأثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم وأما الاستيلاد فهو متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه) حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله فان قيل لو كان الاستيلاد متجزئا لاطرد فى القنة أيضا أجاب بأنه انما لم يتجزأ فى القنة لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كأنه استولد جارية نفسه لا لأن الاستيلاد عنده غير متجز

(قوله وهو وقت أداء البدل) أقول فيه بحث والظاهر وهو وقت العجز (قوله حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله) أقول ولو مات المدبر عتق من ثلث ماله

(واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء أعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله

ولازمه شرعا أن لا يبقى في الرق لزم أن يسعى العبد في باقي قيمته لاحتباس مالية الباقي عنده ومالم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله الا أنه يخالفه في أنه لو عجز لا يرد الى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا الى مالك صدقة عليه به وانما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قسرا بخلاف المكاتب فان عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال و يفسخ بتعجيزه نفسه وعلى هذا ما اذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم العتق ولا يضمنه شيأ من قيمة الولد لانه ما صنع في الولد شيأ ولانه لم يثبت حق الشريك في الولد لانها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها والاعتراض بأنه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه واذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكروا من الحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لانه ان أريد الحاق ازالة الرق بها في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزأ زوالا أو الحاق ازالة الملك بها فيه فغير صحيح لانهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزأ وأقصى ما يمكن في تقريره أن يجعل الحاقا لزوال الملك لا الى مالك في عدم التجزي بان ينزل ويدعى أن المتجزئ زوال الملك الى مالك لا الى غير مالك الحاقا بالامور المذكورة فان في الطلاق زوال ملك لا الى مالك وفي العفو زوال حق لا الى مستحق آخر والاستيلاد زوال ملك كذلك أعني ملك بيعها وهبتها والجواب أولا أنه الحاق بلا جامع لان عدم التجزي في الاصول لعدم التصور اذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ولا اسقاط نصف حق القتل فان القتل بثبوت حقه لا نصفه فمعه لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزي فيها الا ان الزوال لا الى مالك بل لا أثر لكون الزوال الى مالك أولا اليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المصنف (وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة) أي ليس فيهما الا زوال كليهما أو بقاؤهما (فأثبتناه في الكل) أي فأثبتنا زوال الملك في الكل (ترجيحا للمحرم) وهو الحرمة فانه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به وأما الاستيلاد فتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وانما كمل في القنة لانه لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزي ضرورة (قوله واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) أي زال ملكه عنه (فان كان) المعتق (موسرا فشريكه بالخيار ان شاء أعتق نصيبه) منجزا أو مضافا وينبغي اذا أضافه أن لا تقبل منه اضافته الى زمان طويل لانه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغي أن يضاف الى مدة تشاكل مدة الاستسعاء (وان شاء ضمن المعتق) قيمته اذا لم يكن باذنه فان كان باذن الشريك فلا ضمان عليه له (وان شاء استسعى العبد) فيها (فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما في الوجهين) أي في الاعتاق والسعاية (وهذا) كله (عند أبي حنيفة رحمه الله) هكذا ذكر في الاصل وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعى وأن يكاتبه وهو يرجع الى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاجره جبرا ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته ان كان من النقدين

قال (واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) وكلامه واضح ونوقش مناقشة لفظية وهي أن أبا حنيفة لا يثبت عنده شيء من العتق فما وجه صحة قوله عتق وأجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد وقوله (فالولاء بينهما) يشير الى أن الاختلاف في صفة السبب بان يكون اعتاق أحدهما بمال واعتاق الآخر بدونه لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعا

لا يجوز الا أن يكون قدرا يتغابن الناس فيه لان الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الا كثر وكذا لو صالحه على عوض أكثر وان كاتبه على عروض قيمتها أكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه والتضمين أولى لانه أنظر ولو لم يكن له ولي انتظر بلوغه ليختار قيل هذا في موضع ليس فيه قاض فان كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء وليس للولي اختيار العتق لانه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما الا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فان له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتداء واذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لانهما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لاقرب الناس اليهما وهو المولى وان لم يكن على العبدين فالخيار للمولى لان كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الاعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمي يجب نصف قيمته صحيحا وقلبه لو كان أعمى يوم العتق فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لانه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر اليسار والاعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت العتق فأعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فأيسر لا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه فان كان العبد قائما انظر الى قيمته يوم ظهر العتق حتى اذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لان العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره وكذلك ان أراد أن يستسعي العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل وأنت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق إما لانه كالمنشئ للعتق في الحال أو لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى وان كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى وهو كالمستأجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال ولو تصادقا على أن العتق كان سابقا عليه في مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد أنه ان قضى القاضي له بالضمان أو رضي به المعتق فليس له أن يستسعي الغلام بعد ذلك والا فله قيل ما ذكر في الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل في المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل أن يختار شيأ فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي أوجب الخيار للمورث ثابت للورثة فان شاؤا أعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان يملك بالاداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق أو الاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الاناث لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من أولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس لهم ذلك الا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء قال في المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء

وقوله (لهمافى الثانى) يعنى أن يسار المعتق يمنع السعاية (قوله صلى الله عليه وسلم فى الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة الآخر) والقياس فيه أحد الامرين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان أو معسرا لانه باعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بانه يتعذر عليه استدامة (٣٨٢) ملكه والتصرف فى نصيبه وضمان الافساد لا يختلف باليسار والاعسار وإما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لانه متصرف فى نصيب نفسه والمتصرف فى ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير كمن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو أحرق الحصائد فى أرضه فاحترق شئ من ملك جاره ولكنهما تركا القياس بالحديث المروى رواه نافع عن ابن عمر ومثله روى عروة عن عائشة ووجه الاستدلال أنه (قسم والقسمة تنافى الشركة) ووجه قول أبى حنيفة على ماذكره فى الكتاب ظاهر

(قال المصنف لهمافى الثانى قوله عليه الصلاة والسلام الى قوله تنافى الشركة) أقول وأجاب صاحب الكافى بأن فى الحديث بيان أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وذا لا ينفى وجوب السعاية على العبد لوصف التجزؤ وفائدة القسمة فى نفى الضمان لو كان فقيرا اه واعترض عليه ابن الهمام بأن هذه القسمة كما تفيد نفى الضمان لو كان فقيرا تفيد نفى الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التى تفيد بها تلك الافادة وأجاب صاحب العناية أيضا بأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم على وجه (انه) الشرط والمعلق بالشرط يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ماذكر من وجه أبى حنيفة اه وفيه بحث (قوله ولكنهما تركا القياس الخ) أقول ويمكن أن يقال تركا القياس للتعارض أيضا فليتأمل وفى الكافى فعملا بالقياس فى الحالين ليكون عملا بهما

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزى الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثانى أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهمافى الثانى قوله صلى الله عليه وسلم فى الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة الآخر قسم والقسمة تنافى الشركة

ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه وليس للمورث أن يختار التضمين فى البعض والسعاية فى البعض فكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيأ فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق مالم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه فليس له أن يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين معلق بشرط هو أن علك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك بخلاف ما لو باعه نصيبه أو وهبه على عوض حيث لا يجوز فى الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا تمليك للحال وهو غير محل له وفى جامع قاضيخان لو أعتق أحد الشريكين فى مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته فى قول أبى حنيفة رحمه الله بل يسقط لان الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ به لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس (قوله وقالا ليس له) أى الساكت (الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق) قال المصنف (وهذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزى الاعتاق) عنده (وعدمه) عندهما فيسعى وهو حر مديون وتقدم بيانه (والثانى أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع) لهما فيه أن جميع النصوص التى ظاهرها تجزى الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فعليه خلاصه فى ماله وقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه فى ماله ان كان موسرا فى الصحيحين وكذا ما انفرد به البخارى عن مسلم من أعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتى ظاهرها عدم تجزيه كحديث أبى المليح عن أبيه أن رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك وأجاز عتقه رواه أحمد وأبو داود وزاد رزين فى ماله وفى لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخارى عن ابن عمر رضى الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له فى مملوك أو شركا له فى عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ولذا اختار الطحاوى قولهما ووجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند اعساره الاستسعاء والقسمة تنافى الشركة واستدل لابى حنيفة رحمه الله بقوله

وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا أن العبد فقير فيستسعيه

(أنه) أى الساكت (احتبست) على البناء للفاعل (مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه) وان وقع احتباسها عنده بغير اختياره (كما اذا هبت الريح فألقت ثوب انسان فى صبغ غيره فانصبغ به فان لصاحب الصبغ أن يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا لما قلنا الا أن العبد فقير فيستسعيه) ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد أن تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين غيره غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعتقه الاختيارى لكنه تصرف فى ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليل فانها أوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا الا اذا كان موسرا وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفى الاستسعاء عند نفى الاعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح وأجاب والتحقيق فى ايراده أن النصوص قسمت فأعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الاعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب وقد أجيب أيضا بنحوه وهو أن القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضى الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمة تنافى الشركة مطلقا بل ذلك اذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وليس بشئ اذ لا أثر لتعدد الشرط ووحدته فى اختلاف حكم القسمة وفى الكافى جعل فائدة القسمة نفى الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى أن هذه القسمة كما تفيد نفى الضمان لو كان فقيرا تفيد نفى الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التى تفيد بها تلك الافادة فان قيل فمن أى وجه أفادت القسمة نفى الشركة فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا فى أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره وغاية ما يمكن أن يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذ كان على خلاف الدليل الظاهرى وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضى قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا أو معسرا فلا يجوز تضمين المعتق فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين فى صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وهذا لان الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفى القصر وبقى جوازه ولا يخفى ان فى هذا تقليل معارضة الدليلين لانه فى قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه فى نفى أصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما أمكن وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس اذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء انما هو فى غير ما اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بنفس التصرف فى المحل أما اذا كان وله قدرة على اتمامها وجب كالشروع فى صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب إتعابا للآخر وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس فى صورة الاعسار بناء على أنه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه اذ لا شك فى أن عتق ما يملكه مشروع وعبادة والاتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسدت مالية باقى العبد كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره فالحق أن القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصصه وفى المسئلة قول الثورى والليث أن الساكت بالخيار ان شاء أعتق وان شاء ضمن ولا سعاية أصلا وسبب هذا

وقوله (لما قلنا) يريد به قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه وقوله (الا أن العبد فقير فيستسعيه) قيل عليه اذا سعى فالقياس أن يرجع على المعتق لانه هو الذى ورّطه وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بما سعى وأجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد والعبد انما سعى فى بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد بخلاف المرهون فان سعايته ليست فى بدل رقبته بل فى الدين الثابت فى ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين فى ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما فى معير الرهن فان قيل ما ذكر من وجه أبى حنيفة فانما هو قياس فى مقابلة النص وهو باطل أجيب بان النبى عليه الصلاة والسلام قسم على وجه الشرط لانه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق وهو لا ينافى الاستسعاء عند عدمه لان المعلق بالشرط يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه أبى حنيفة

(قوله أجيب بان النبى صلى الله عليه وسلم الخ) أقول فيه بحث

ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزى وأما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه فى الباقى اذ الاعتاق يتجزأ عنده

القول إعلالهم لفظ السعاية فى حديث أبى هريرة قال النسائى أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائى وسعيد بن أبى عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبى عروبة يعنى فى ذكر السعاية قال وبلغنى أن هماما روى هذا الحديث عن قتادة فجعل الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة وقال عبد الرحمن بن مهدى أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطنى سمعت أبا بكر النيسابورى يقول ما أحسن ما رواه همام وضبطه فصل قول النبى صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن أبى عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعلا الاستسعاء من قول النبى صلى الله عليه وسلم وأحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابى اضطرب سعيد بن أبى عروبة فى السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر فى الستة عنه عليه السلام من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن أبى عروبة من الأثبات فى قتادة وليس هو بدون همام عنه وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم وأبان بن يزيد العطار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراسانى وقال الشيخ تقى الدين وقد أخرجه الشيخان فى صحيحيهما وحسبك بذلك يعنى برفعهما الاستسعاء وفى المسئلة مذاهب أخرى ضعيفة مثل أنه لا يعتق شئ أصلا ولو باذن الشريك وأنه لا يعتق الباقى ويستمر على مملوكيته وأن له التضمين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسى وأنه يعتق الباقى من بيت المال وهو قول ابن سيرين (قوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت) وهو ظاهر الرواية وهو قول الشافعى ومالك وأحمد وفى رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن (لا يسار الغنى) أى الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ (لان بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع فى تحقيق مقصودهما فوجب وهذا فى الحقيقة تعليل للنص والا فصريح النص أوجب الضمان عند مجرد ملك قيمة الحصة لانه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه (قوله ثم التخريج على قولهما) أى تخريج تفصيل المسئلة على قولهما (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد فى حالة اليسار) فلم يكن الضمان منقولا اليه عما وجب على العبد بل هو شئ واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزى فكان اعتاق بعضه اعتاق كله ويسعى فى حالة اعساره حرا مديونا وأما التخريج على قول أبى حنيفة فاثباته خيار الاعتاق للساكت لقيام ملكه فى الباقى اذ الاعتاق متجزئ عنده فلا يعتق الباقى

وقوله (ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب) هذا هو ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن والحسن قد روى استثناءه وتعتبر قيمة العبد فى الضمان والسعاية يوم العتق وكذا حال المعتق فى يساره واعساره فان قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق كما فى الاجارة اذا اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفى ما ذهب اليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود وقوله (لان به) أى بيسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق والساكت (بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه) وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقى وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من اتمام قصده وايصال بدل حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره وقوله (ثم التخريج على قولهما ظاهر) يعنى اذا علم أن هذه المسئلة مبنية على حرفين أى أصلين بقى الكلام فى التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن متجزئا كان المعتق موقعا للعتق فى النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانتفت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حال اليسار للاصل الثانى فلو رجع لكان عليه السعاية (والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته) للاصل الاول (وأما التخريج على قوله فخيار الاعتاق) للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزئا كان ملكه فى الباقى قائما فجاز اعتاقه يعتق

والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعى ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء أعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضى دينا على المعتق اذ لا شئ عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضى دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه

بعتق المعتق نصيبه (والتضمين) بالجر أي وخيار التضمين للمعتق (لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك) من الوصية والصدقة والاجارة والاعارة والامهار والاستخدام ونحو ذلك (مما سوى الاعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاد والكتابة وقوله (والاستسعاء) بالجر عطفا على التضمين أي واثبات خيار الاستسعاء (لما بينا) من أنه احتبس مالية نصيبه عنده وانما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت لانه ملكه بأداء الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب اذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فانه يرجع على القاتل لانه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا للغاصب ولانه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاؤه وقوله (ضمنا) جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك الى ملك فأجاب بأن ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لانه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا عدمه ضمنا (والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه ملكه بالضمان) غايته أن بعضه ببدل وهو لا يمنع الولاء (و) أما (في حال اعسار المعتق ان شاء أعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا) من احتباس ملكه (والولاء له) أي للساكت أي مشتركا بينه وبين المعتق (في الوجهين) أي في الاعتاق والاستسعاء (ولا يرجع المستسعى) على المفعول أي العبد (على المعتق بشئ باجماع بيننا) خلافا لابن أبي ليلى فانه يرجع عنده على المعتق اذا أيسر وانما لا يرجع بالاتفاق أما على قوله فانه يسعى لفكاك رقبته وأما على قولهما فلانه ان لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضى دينا على المعتق اذ لا شئ على المعتق اذا كان معسرا (بخلاف) العبد (المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضى دينا على الراهن فلذا يرجع على المعتق) اذا أيسر ونظير الاول ما اذا أعتق أمته على أن تتزوجه فأبت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو أعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية بخلاف المريض اذا أعتق عبده فانه يسعى وهو رقيق لان تصرف المريض فيما لا يحتمل النقض

وأما التضمين فلأن المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل أن يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على أحد الاصلين أما على الاصل الثاني فظاهر وأما على الاصل الاول فلان التجزي ان لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له والجواب أن الحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزي لا محالة على انا نقول ان التجزي أن لم يوجب الضمان من حيث هو تجز يوجبه من حيثية أخرى وهو افساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة وقوله (والاستسعاء) معطوف على قوله والتضمين وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبنى على الاصل الثاني (ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك) أي أخذ القيمة (بالاستسعاء) بناء على الاصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القاتل (ولانه ملكه بأداء الضمان ضمنا فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعى ان شاء) وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف قبل ذلك وتقريره أن ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر وقوله (والولاء للمعتق في هذا الوجه) يعني اذا ضمن المعتق وهو ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله احتبست مالية نصيبه وقوله (ولا يرجع المستسعى على المعتق) ظاهر وقد قدمناه جوابا بالسؤال

(قوله وقد قدمناه جوابا بالسؤال) أقول أراد ما تقدم في ذلك الورق وهو قوله قيل عليه الى قوله وأجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان

قوله (وقول الشافعي في الموسر) بيان لوضع خلاف الشافعي فانه ذكر في أول الباب مطلقا فاحتاج الى أن يبينه ههنا وقوله (ولا راض به) أي بالاعتاق لان الرضا انما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق ولا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا وقوله

وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع و يوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى أعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبتنى السعاية على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه و يستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لانه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في أحد شيئين

موقوف عنده (وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع و يوهب) وهذا قول الشافعي (وجهه) عنده (أنه لا وجه لتضمين الشريك لاعساره ولا لاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا لاعتاق الكل لانه اضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا نختار أن يستسعى) قوله غير جان الخ قلنا لا يفتقر الى الجناية بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار وقد يتمسك له بما روى من الزيادة في قوله فقد عتق منه ما عتق و رق مارق ويدفع بأنها كما قال أهل الشان ضعيفة مكذوبة ولو ثبت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لامتناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد والحق أنه لا يحتاج اليها بل بقوله عتق منه ما عتق كفاية فانه اذا لم يعتق الا ذلك القدر ان لم يلزم بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والملك هو المطلق للتصرف والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله ان كان له مال والا استسعى غير مشقوق عليه يوجب استسعاءه عند اعساره ولا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ما قدمنا * واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعى ان اختار ذلك وأن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والاوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس لله شريك فانه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا أو عدم تقرره وهو الاولى واذا لم يقرر ولا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء والا بطل حقه مجانا جبرا بفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بلا جناية في الشرع ثابت كما في العبد المرهون اذا أعتقه سيده المعسر ولان الشرع اضطره الى فكاك رقبته حيث حكم وله ولاية الايجاد والاعدام بنفاذ عتق ذلك القدر وأن لا يقر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه والشافعي قول آخر هو كقولهما في اليسار والاعسار واختاره المزني من أصحابه (**قوله** ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة) وعتق (وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار) العبد بذلك (مكاتبا له) أي في حكم المكاتب (و يزعم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه و يستسعيه) ان شاء أو يعتقه (لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان) في دعواه عتق الشريك (أو صادقا لانه مكاتبه) ان كان صادقا (أو مملوكه) ان كان كاذبا (فلهذا يستسعيانه) أما في الصدق فظاهر وأما في الكذب فلتمكن الانسان من أمر عبده أن يسعى ويأتيه بأكسابه (ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه) أي حق كل منهما (في الحالين) حال يسار الآخر واعساره (في أحد شيئين) السعاية أو التضمين الا أن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير

(فتعين ما عيناه) يعني عتق ما عتق ورق مارق (وقلنا الى الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا يفتقر في وجوده الى الجناية) كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا (بل يبتنى على احتباس المالية) وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وأمثاله في شخص واحد قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه) كلامه واضح الاما ننبه عليه قوله (بالعتق) أي بالاعتاق وقوله (في زعمه) أي في زعم كل واحد منهما وقوله (فيصدق) يعني كل واحد منهما في حق نفسه وقوله (لانه مكاتبه) أي على تقدير الصدق وقوله (أو مملوكه) يعني على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما تيقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله أعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله أعتق الشريك

يكون مقرا بأن العبد صار مكاتبا باعتبار تجزي الاعتاق عند أبي حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة عين وذلك أيضا جائز وقوله (لان حقه في الحالين) أي لان حق المولى في حال اليسار والاعسار (في أحد شيئين) أي التضمين أو الاستسعاء

وقوله (وقد تعذر التضمين لانكار الشريك) اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فانه لما أنكر يحلف فاذا نكل وجب الضمان وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتتعين السعاية فلا فائدة في التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لان ما آل اليه

(قوله وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما الخ) أقول ولك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده لا يقال وضع المسئلة فيه ألا ترى الى قوله شهد فان الشهادة هي الاخبار الذي يكون عن مواطأة قلب لانه لو سلم أن معناها ما ذكرته فالقاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر قال ابن الهمام بعد (٣٨٧) تقرير جواب الشارح وهذا صريح في أن لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله أي تعين استسعائهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكمها الا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضي لو سألهما فأجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقاه معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر ان كانا موسرين ولا يستسعي العبد لأنه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا اهـ ففي قوله وهذا صريح في أنه لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما الخ بحث لان الصدق ليس مطابقة الحكم للاعتقاد بل للواقع والاقدام على اليمين بناء على الاعتقاد تأمل (قوله أنه أعتقه صاحبه يحلف الخ) أقول من أين علم أنه يحلف فانه يجوز أن ينكل والنكول بذل عند أبي حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه والجواب أنه يحلف على الحاصل بأنه ليس له علي حق التضمين فليتأمل

لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى العتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا أن الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه

عين وفي الاعسار حقه في أحدهما عينا وهو السعاية وهذا (لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده) أي عند أبي حنيفة (وقد تعذر التضمين لانكار الشريك) الاعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لانه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهم على الآخر أنه أعتق لم تقبل للمعنى الثاني فانهما يثبتان لانفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبدهما وانما أثبتنا ما أثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمنا لشهادته (فتعين السعاية) وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدي لان المستسعى كالمكاتب وأورد أن التضمين غير متعذر لانه لما أنكر يحلف فان نكل جاز التضمين وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذي أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لان المآل الى السعاية وهذا صريح في أن لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله أي تعين استسعائهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكمها الا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضي لو سألهما فأجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقاه معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر ان كانا موسرين ولا يستسعي العبد لانه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لواحد منهما (لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته) وانما يدعي الضمان على صاحبه (لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا أن الدعوى لم تثبت عليه لانكاره والبراءة من

وقوله (على ما بيناه) يريد به قوله لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا كذا فى النهاية وقيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه أو مملوكه (ولو قال أحد الشريكين ان لم يدخل (٣٨٨) فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لكن عند أبى حنيفة لا فرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد فحالهما فى استحقاق النصف الباقى على السواء وعند أبى يوسف ان كانا معسرين فكذلك وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ لان كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعى الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى فى ربع قيمته للموسر منهما لان المعسر يدعى الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه والموسر يدعى السعاية على العبد فيسعى له فى حصته (وقال محمد رحمه الله يسعى فى جميع قيمته) بينهما نصفين ان كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى فى نصف قيمته للموسر منهما لان المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده أيضا يمنع وجوب السعاية وجه قول محمد فيما اذا كانا معسرين أن المقضى عليه بسقوط حقه فى السعاية وهو الحانث بسقوط منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضاء عليه (فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضى) عليه (بشئ للجهالة كذا هنا

(وان كانا معسرين سعى لهما) لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه اذا المعتق معسر (وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى عليه السعاية فلا يتبرأ عنه (ولا يسعى للمعسر منهما) لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما (ولو قال أحد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف الآخر وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يسعى فى جميع قيمته) لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضى بشئ للجهالة كذا هذا

السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه) بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره (وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا) لفرض أن المعتق معسر وقوله (على ما بيناه) أى من أن العبد مملوكه أو مكاتبه الا أن عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون (وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله) أى يثبته (لصاحبه) حيث ادعى أنه هو الذى أعتق والعتق لا يتجزأ أى لا يثبت به الا ما لا يتجزأ أصلا من زوال الرق (وهو) أى صاحبه (يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما) فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال (قوله ولو قال أحد الشريكين) فى عبد (ان لم يدخل فلان) يعنى العبد (الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخلها غدا فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف الآخر) بينهما (وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) على تفصيل يقتضيه مذهب أبى يوسف وهو أنه انما يسعى فى النصف لهما اذا كانا معسرين فلو كان أحدهما موسرا يسعى فى الربع للموسر ولو كانا موسرين لا يسعى لاحد واليه أشار المصنف بعد هذا بقوله ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق فانما جمع بينه وبين قول أبى حنيفة فى أنه لا يجب الا النصف (وقال محمد يسعى فى جميع قيمته) لهما ان كانا معسرين وبنصفه للموسر ان كان أحدهما معسرا ولا يسعى فى شئ ان كانا موسرين وهذه على وزان المسئلة السابقة أعنى اقرار كل منهما أنه هو الذى أعتق وهناك اذا كان أحدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى الا للموسر فكذا هذا وهذا لان الذى يأخذ السعاية أبدا يكون هو الساكت والآخر معتق فاذا كان أحدهما موسرا فانه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى انزال المعسر هو الساكت فزعمه أن لا سعاية له على العبد وانما حقه فى تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك فى أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول الى شئ مطلقا كما لو كانا موسرين فان كلا يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية (قوله لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول) وهو الذى تحقق شرطه الذى علق عليه عتق العبد (ولا يمكن القضاء على المجهول) ولا التوزيع لانه يؤدى الى اسقاط بعض حق من له الحق وهو الذى لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته واعطائه لغير مستحقه وهو الذى وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع فى المعين فلم ينافه التوزيع (فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فانه لا يقضى بشئ للجهالة) فكذا لا يقضى

ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق (ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما) لان المقضى عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضى له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفى العبد الواحد المقضى له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول (واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر

بسقوط شئ لذلك واذا لم يحكم بسقوط شئ وجب الكل (قوله ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى به والجهالة) المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشيوع) أى شيوع النصف الذى عتق فى نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط المولين فلا جهالة فى المقضى عليه وانما تلزم لو قضى على أحدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التعين فى نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما فى كتاب التحرى عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعن فى ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن وتسعى كل واحدة فى تسعة أعشار قيمتها وصار (كما اذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر) فى الثانى (أو البيان) فى الاول فان العتق يوزع عندنا لعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى فى قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعى فى أنه يقرع بينهما فى قول وفى قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة فى الثانى واسقاط جميع حق المستحق فى الاول واسقاط بعضه للضرورة أولى وقيل ان الجهالة فى المقضى عليه لا تمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما بدليل أن من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر المتيقن به وان كان المقضى عليهم منهن مجهولة لكن لما كان المقضى له معلوما جاز القضاء كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار (قوله ولو حلفا على عبدين الخ) يريد أن يفرق بين السابقة وهى ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد وهذه وهى ما اذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال أحدهما ان دخل فلان غدا فعبدى حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان فعبدى حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (لم يعتق واحد منهما) ولا شئ منهما فى قول الكل (لان المقضى عليه) بعتق عبده وهو أحد المولين (مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء) ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث أحد المالكين لان كلا منهما يزعم أنه يبيع عبده وزعم المشترى فى العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا فى ملكه عتق عليه أحدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضى عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاول هو مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك فى مثل قوله ان لم يدخل فعبدى حر بخلاف ان لم يكن دخل فانه يستعمله الممارى فى الدخول وعدمه فى الماضى لتحقيق الدخول فيه وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل فى الماضى وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن أبى يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بنزول الطلاق (قوله واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما) بعقد واحد بأن خاطب البائع الاب والآخر معا بأن قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا (عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه) فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيأ ولو كان موسرا سواء علم الشريك أنه ابن

ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع) جواب عن قوله المقضى عليه مجهول فان قيل فى التوزيع فساد وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق أجيب بأن ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك لانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه وأما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى وقوله (ويتأتى التفريع فيه) قد أمضيناه فى أثناء الكلام وقوله (ولو حلفا على عبدين) ظاهر وكذلك قوله واذا اشترى الرجلان الا ما نذكره

قوله (ولا ضمان عليه) أى على الاب وقوله (وكذا الورثاه) يعنى بالاتفاق وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فمانت عن أخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوجها فماتت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وأبيها

(ولا ضمان عليه) علم الآخر أنه ابن شريكه أولم يعلم (وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا فى الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فى نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار هذا كما اذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه وله أنه رضى بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا أذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا

الآخر أولم يعلم ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته لشريك أبيه ان شاء وان شاء أعتقه (وهذا عند أبى حنيفة) وأجمعوا أنهما لو ورثاه لا يضمن الاب وكذا فى كل قريب يعتق وهو قول الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه ولفظ الحديث أعنى قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شركا له الخ يفيد كون العتق اختياريا (وقالا فى الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة) معا (أو صدقة أو وصية وعلى هذا) الخلاف أيضا (اذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعتقه ان اشترى نصفه) أما لو حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراؤه كله (لهما أنه) أى الاب (أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق) الاختيارى لترتبه على الشراء وهو اختيارى وشراء القريب اعتاق (وصار كما اذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه) لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه وله أن شرط التضمين مع العتق الاختيارى أن لا يكون برضا من له حق التضمين ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذى هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كان راضيا بافساد نصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا أذن له باعتاقه صريحا وعلم مما ذكر أن المراد من العلة فى قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان إعتاقه يثبت اختياريا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر ان ضربته فهو حر فضربه عتق نصيبه فان له أن يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضا بالعتق لان وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هى قول الشريك هو حر والواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الايجاب فى البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا قلنا لا شك أن له تأديب عبده اذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلزمه بالزامه اياه خلفه عليه أن لا يضربه ظلم منه فلا يصح أن يقال ان لم يلتزمه يبطل حقه فى التضمين لكنه يقتضى أنه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب بخلافه وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لانه ضرر والعاقل لا يرضى به ولان وضعه لاثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة لان من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بأنه راض منه بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه اثبات ما يترتب عليه وللعاقل فى ذلك أغراض صحيحة دنيوية من استفادة المدح والولاء وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الاجر لا يقال رضا الاب بالشراء رضا بالاعتاق والرضا بالاعتاق رضا بالضمان وأبو حنيفة رحمه الله يثبته اذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لانا نقول كونه رضا بالضمان لا يوجب امكان تضمين الآخر له إلا اذا لم يكن رضا باعتاقه كما ذكرنا وأما ايراده على قولهما هكذا الاعتاق لا يتجزأ على قولهما فاعتاق

وقوله (وقالا فى الشراء) اشارة الى ما ذكرناه من الاتفاق فى صورة الارث وقوله (قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه) انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد ولم يوجد ووجه قولهما على ما ذكره فى الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره الشريك الآخر رضى بافساد نصيبه ومن رضى بذلك لا يضمن المفسد (كما اذا أذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك) أى الدليل على رضاه بافساد نصيبه (أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا) والمشاركة فى علة العتق رضا بالعتق لا محالة والمراد بالعلة علة العلة لان الشراء علة التملك والتملك فى القريب علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة اذا لم تصلح العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك حكم شرعى يثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار بخلاف الارث فانه لا اعتاق هنالك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة

(قوله لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر) أقول الظاهر أن يقال لانه اذا حلف بعتقه بعد أن اشتراه بدل قوله ثم اشتراه بشركة الآخر الخ ولم توجد هذه العبارة فى النسخ التى رأيناها ولا بتمامها أو ما يفيد معناها

البعض

وهــذا ضمـان افساد فى ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هــذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه (وان بدأ الاجنبى فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبى بالخيار ان شاء ضمن الاب) لانه ما رضى بافساد نصيبه (وان شاء استسعى الابن فى نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف

البعض اعتاق الكل ولا يمكن إعتاق الكل الا بتملك نصيب الآخر ولا يملك الا بالضمان والجواب أنه تملك ضمنى فلا توجه له هنا (قوله وهذا ضمان افساد) جواب عما يقال كونه رضى باعتاق شريكه لا يوجب اسقاط الضمان كما لو استولدا الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك فى ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وبسطه أن الضمان فى العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد أحد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانه ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لان وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعى التملك فأثبتناه وضمان اتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية فى عتق الانسان ما يملكه لله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك فصح أن يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم فى هــذا الافساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا أثم به أما وضع العتق فليس مقتضيا لزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان اتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالابنية وعدمها وروى عن أبى يوسف أنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالما بالابنية فلا يضمن الاب أو غير عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما وفى ظاهر الرواية لا فرق بينهما لان المسقط لحقه فى التضمين مباشرته لسبب اسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله كما اذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظير المذكور فى الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حاله فانه ليس له أن يضمن الآكل اذا علم مستقيم أيضا وانما قلنا على خلاف القياس لان القياس أن لا يختلف ضمان الاتلاف باليسار والاعسار ألا يرى ان من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا فان قلت قد أسلفت أن القياس ليس الا الاستسعاء لان العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو التضمين للاتلاف قلنا قد حكى خلاف فى القياس ما هو على الوجهين المذكورين ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه وكل منهما غير صحيح فى نفس الامر لفرض ورود النص على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعاء دائما والتضمين دائما وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفى عليه والقياس الصحيح هنا هو على من شرع فى صوم التطوع أو صلاته قادرا على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فان لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع اليه (قوله وان بدأ الاجنبى فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبى بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه ما رضى بافساد نصيبه) لان دلالة ذلك ما كان الا قبوله البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه (وان شاء استسعى الابن فى نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهــذا عند أبى حنيفة) وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده (وقالا لا خيار له) أى للاجنبى بل يتعين التضمين على ما مر من أن

وقوله (وهــذا ضمان إفساد) يجوز أن يكون جوابا عما يقال انما كان الرضا مسقطا للضمان أن لو كان ضمان افساد وأما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما اذا استولد أحد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك ووجه الجواب أنه ضمان افساد فى ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا وانما قيد بقوله فى ظاهر قولهما لانه روى عن أبى يوسف أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط به الضمان وقوله (ولا يختلف الجواب بين العلم) أى بالقرابة (وعدمه فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله لان الحكم يدار على السبب) أى العلة (كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه) والسبب قد وجد عامر وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين ما اذا لم يكن عالما بها فى حكم الضمان لان الرضا لا يتحقق الا اذا كان عالما بها وقوله (وان بدأ الاجنبى) ظاهر مما تقدم وكذلك

قوله (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر) وانما قيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه ضمن للساكت بالاجماع
وقوله (والوجه قد ذكرناه) اشارة الى قوله لهما انه أبطل وله أنه رضى قال (واذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر
وهو موسر فأرادوا الضمان) أى أراد الان مريد الضمان انما هو الساكت والمدبر دون المعتق فكان المراد بالجمع التثنية
أو أطلق الجمع بطريق التغليب (فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) وبيان ذلك أن قيمة العبدان كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما نذكر فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهى ثلثا قيمة القن وهى ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب الساكت مع تلك الستة التى يضمنه اياها (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا) قوله (وأصل هذا) ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الخ وقوله (غير أن له أن يضمن المدبر) بيان حصر الضمان على المدبر

قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن اذا كان موسرا) ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيأ عنده والوجه قد ذكرناه (واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله للذى دبره أول مرة ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل

يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة) للبائع (وقالا ان كان موسرا يضمن ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه) وهو أنه لما باعه منه فقد رضى بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع (قوله واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر) فاراد كل من الساكت وهو الذى لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهما المراد بقوله (فارادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر) ثلث قيمة العبد قنا وليس له أن يضمن المعتق شيأ واذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد ان شاء على وزان ما تقدم فيما اذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبى حنيفة (وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) أعنى ثلثه قنا (وهذا) كله (عند أبى حنيفة وقالا العبد كله للذى دبره أولا ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا) الخلاف (أن التدبير يتجزأ عند أبى حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعب العتق) اذ هو عتق مضاف (فيكون معتبرا به ولما كان) التدبير (متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين) حيث امتنع على كل منهما البيع وما فى معناه من الهبة والوصية والصدقة والامهار فثبت لكل منهما (١) خمس خيارات (أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت) وهو الثالث الذى لم يعتق ولم يدبر (سببا ضمان) أحدهما (تدبير المدبر) الذى أفسد عليه ما أفسد (و) الآخر (عتق هذا المعتق) فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه الى الحرية بالسعاية أو التضمين (غير أن) الساكت (له تضمين المدبر) ليس غير (ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل) فى الضمان لان به يعتدل جانبا الضامن والمضمون له فانه

(قال المصنف غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة) أقول يعنى ثبت ضمان المعاوضة فى ضمن ضمان الافساد لا يقال اذا كان ضمان معاوضة ينبغى أن لا يختلف باليسار والاعسار كما فى سائر المعاوضات لأنه ضمان افساد يتضمن ضمان المعاوضة ولا معتبر بالضمنيات فليتأمل لما

(١) قوله خمس خيارات كذا فى النسخ والمعدود ستة اهـ من هامش نسخة العلامة البحراوى

بعـدما كان الاعتاق أيضا سبب ضمان وتقريرذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضـة وضمان المعتق ضمان جناية واتلاف والاصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غيره الا عند العجز أما أن ضمان المدبر ضمان معاوضة فلانه يضمن ما أتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقـل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سبب الضمان موجبا الملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما أتلفه وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجناية وأما أن الاصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح (ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) ومما يدل على أن ضمان المدبر ضمان معاوضة أن من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم أبق فلم يرجع من إباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسئلة في آخر باب النهى من أصول الفقه لشمس الائمة السرخسي وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند أداء الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلأن يعتبر ضمان المدبر وما أتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان أولى وقوله (لانه عنـد ذلك مكاتب أو حر على اختـلاف الاصلين) قال الامام جلال الدين ابن المصنف هذا غير مستقيم وكذا قوله لابد من رضا المكاتب بفسخه لانه عنـد الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعـد الاعتاق والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا أنه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح أن يقال لانه عند ذلك مدبر وأقول لما كان حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعـاء بمنزلة المكاتب كما أن من فيـه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسئلة الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الايجاب الاول في كل واحـد من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل منهما حرا من وجه عبدا من وجه فكان الثابت كالمكاتب فكذا ههنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصـل كفارة الظهار انها تنفسخ بمقتضى الاعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي

حتى جعل الغصب ضمان معـاوضة على أصلنا وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التـدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عنـد ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال

لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله فحيث أمكن هـذا لا يعدل عنه (ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) خلافا للشافعي حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التـدبير ونحوه أولى وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جناية والدليل على اعتبارهـم اياه ضمان جناية ما في قاضيخان لو غصب عبـدا فأبق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده أكسابا ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند أداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب في الحال مع أن اقـراره بالاتـلافات مؤخر الى ما بعـد العتق واذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لانه ممكن (لكونه) أي نصيب الساكت (قابلا للنقل من ملك الى ملك) في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا لضمان المعاوضة (لانه) أي العبـد (عند ذلك مدبر) وفي بعض النسخ حر (أو مكاتب على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) فقال الشيخ جـلال الدين ولد المصـنف هو غير مستقيم لانه عند

(قال المصنف لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير) أقول أي قبل ثبوت حكم التدبير فان ملكه بتضمين الساكت يستند الى ذلك الوقت (قوله فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل الى قوله كان أولى) أقول هذا يخالف لما يجيء في كتاب الغصب فراجعه مع أنه يهدم ما شيده في بيان نفي ثبوت حق تضمين الساكت للمعتق عن أساسه لان بناءه على عدم امكان ضمان المعاوضة في المدبر فتدبره وجوابه أن ذلك ضرورة أن لا يجتمع البـدل والمبدل في ملك شخص واحـد على ما سيجيء في كتاب الغصب وما ثبت بالضرورة لا يعـدو موضعها فليتأمل (قال المصنف لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين الخ) أقول قال الاستاذ مولانا جلال الدين ابن المصنف قوله لانه عند ذلك حر أو مكاتب على اختـلاف الاصلين غير صحيح وكذا قوله ولا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بحر ولا مكاتب وانما يصير كذلك بعـد الاعتاق والمستسـعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا أنه لا تنفسخ هـذه الكتابة بالرضا ولا بالتفاسخ وانما الصحيح أن يقال لانه عند الاعتاق مدبر ولا يقبل النقل من ملك الى ملك اه ولك أن تقول كلام المصنف مبني على التشبيه فانه مشبه بهما على الاصلين في عدم قبول النقـل (قوله وأقول لما كان حق الاستسـعاء الى قوله فقد تقدم في فصـل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الاعتاق فكذا تنفسخ بالتراضي) أقول هكذا وجـد في بعض النسخ الا أن قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ الخ محل بحث فتأمل فيه

وقوله (على ما قالوا) اشارة الى أن فيه اختلافا قال بعضهم نصف قيمة القن لان قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل الفتوى على الاول وقوله (ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان) يعني أن المدبر لما أدى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله أن يضمن (٣٩٤) قيمة ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبرا فان نصيبه بعد تدبيره كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالاعتاق فيضمن وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي تملك على الساكت بأداء الضمان لوجهين أحدهما أنه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والثاني أنه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثاني يندفع ما قيل على ما في الكتاب ان أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ووجه ذلك أن المدبر قام مقام الساكت بأداء الضمان وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل فكذلك من قام مقامه وأما المعتق فلما قام مقام الساكت بأداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق أيضا تلك الولاية

فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه أفسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين

الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم أن لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان افساد (فلهذا يضمن) الساكت (المدبر) ليس غير (ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما أفسد عليه نصيبه مدبرا) فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى مونه فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما أفسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبرا الشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يتملكه بالضمان (قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثيها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة (قوله على ما قالوا) طريقته في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا أن الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا احسن عندي وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمة خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يدا وان بقيت الرقبة (قوله ولا يضمنه) أي لا يضمن المدبر المعتق (قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت) وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قنا وثلثها مدبرا (لان ملكه فيه) أي في ثلثه قنا (يثبت مستندا) الى وقت التدبير (وهو ثابت من وجه) وهو بالنظر الى حال أداء الضمان (دون وجه) وهو بالنظر الى الحقيقة حال التدبير (فلا يظهر في حق التضمين) بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق واستشكل بما اذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا أجيب بأنه لما انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق أما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله ان الملك المستند لا ينتهض سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه

مقام

(قوله وبالوجه الثاني يندفع ما قيل الى قوله يضمن للساكت قيمة نصيبه الخ) أقول كلامه هذا يتضمن الاعتراف بقصور الوجه المذكور في الكتاب عن افادة المدعى سالما عن الارتياب ولك أن تقول المراد أن الملك المستند لا يظهر في حق ضمان الافساد لانه لما لم يكن ثابتا من وجه لم يكن الاعتاق اتلافا محضا للملك فيغلب جانب عدم الافساد والجناية على جانب الوجود بخلاف استسعاء العبد فانه ضمان الاحتباس لا ضمان الافساد على ما مر

والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية

مقام الساكت الذى لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه أن يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قائم مقامه وليس له أن يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه أعنى ثلث المدبر فانه لم يقم فيه مقام أحد ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بان الكلام فى أن الملك المستند لا ينتهض سببا لضمان مفسده كالمعتق المفسد باعتاقه ملك المدبر فى نصيب الساكت والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيأ بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت أن يضمنه فكذا من صار الملك له وقام مقامه * واعلم أنه لو لم يعتق المعتق الا بعد أداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته عبدا مع ثلثه مدبرا لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته كذا قالوا والوجه على هذا أن يقال فى أصل التعليل ليس له أن يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وان لم يدفع الوارد أيضا لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا ويحتاج الى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه ويعود السؤال بعتق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده هذا وأورد الطلبة على هذا أنه ينبغى أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا الا قنا ولذا قلنا فى وجه كون ثلثى الولاء له لانه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم الا بمنع كون الثلث الذى ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا الا ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير يتجزأ وذكرهم اياه فى وجه كون ثلثى الولاء له غير محتاج اليه اذ يكفى فيه أنه باق على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان وانما لم يكن ولاؤه لما ذكرنا من أنه ضمان جناية لا تملك (قوله والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فان أحد ثلثيه كان نصيبه بالاصالة والآخر تملكه باداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له الا ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان افساد لما ذكرنا من أن المدبر غير قابل للنقل وحين أعتقه كان مدبرا ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه وفى النهاية وغيرها فى قوله والولاء بين المعتق والمدبر أى بين عصبة المدبر والمعتق لانه انما يعتق بعد الموت ونسبه لقاضيخان وهو غلط لان العتق المتجزئ يوجب اخراجه الى الحرية بتنجيز أحد الامور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر اياه من حين وجوده كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر الساكت فانه لا تتأخر حريته باقيه الى موته كما قدمناه أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتبا للشريكين فدبره أحدهما تقيد فى نصيبه وبقى نصيب الآخر مكاتبا من غير ضمان ولا سعاية عند أبى حنيفة لان نصيب الآخر على حاله عنده وأما ما فى الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية الا بعد عجزه عند أبى حنيفة لان الكتابة تتجزأ عنده وعندهما عتق كله والولاء له لان حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى الى أن يعجز عنه فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق اذا كان موسرا واستسعاء العبد مختارا أو جبرا باجارته فهو يحقق ما قلنا من أنه (١) لا يبقى فيه الرق الى أن يؤدى السعاية والله أعلم (قوله واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما الخ) يعنى أن ما ذكرناه الى هنا قول أبى حنيفة فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا الشريكه المدبر (وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا) فيضمن ثلثى قيمته لشريكيه (ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك) لانه أمكن على ما ذكرنا (فأشبه الاستيلاد) أى ما اذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه

وقوله (والولاء بين المعتق والمدبر) أى بين عصبة المدبر (أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فان قيل لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء أيضا لانه أدى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا أجيب بأن ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيأ بمقابلة ما ضمن وأما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا فثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله (لانه ضمان تملك) أى لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد (بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية) وهو يختلف باليسار والاعسار

(قوله وقوله والولاء بين المعتق والمدبر أى بين عصبة المدبر) أقول فيه بحث

(١) قوله لا يبقى هكذا فى النسخ ولعل الصواب حذف لا النافية فليتأمل كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى كتبه مصححه

واعترض بأن قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار أردتم به مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالاعتاق والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلا أو أتلف ملكا (٣٩٦) من أملاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان أو معسرا والثاني تحكم وأجيب

والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال (واذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها) لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما اذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني اذا أسلمت

موسرا كان أو معسرا (بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد) لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالاعسار واليسار واردا فيه (والولاء كله) على قولهما (للمدبر وهو ظاهر) لان العتق كله من جهته

* واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الافساد في الاعتاق لا ينافي ضمان التملك لانهما حيث قالا ان العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت اليه والا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه وحينئذ يجب أن يقال ضمان الاعتاق وان كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس (قوله واذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما) أي لا تخدم فيه أحدا (ويوما تخدم المنكر) ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فانه ان لم يتمكن من تضمينه ان كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لانه لما كان متمكنا من افساده باعتاقه اعتبر اقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وعندهما كذلك ان كان المقر عليه معسرا فان كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لانه معترف بأن لاحق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لانكاره ولا بينة له وقال محمد ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لابي يوسف ولا ينبغي مثله أن يفعل الا أن يقرن بالبيان فيقال في قوله الاول مثلا والا أوهم أن ينسب اليه الآن ماليس هو قائلا به واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف الاول بها والصواب أن لا خدمة له عليها بل بمجرد اقرار المقر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها الى الحرية وفي المختلف في باب محمد أن نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا في النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا اللائق بقول أبي حنيفة وينبغي على قول محمد أن لا نفقة لها عليه أصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها أي تأخذ جنايتها ممن جنى عليها لتستعين بها وعلى قول أبي حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق أحدهما صاحبه (قوله لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كأنه هو استولدها كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق) حتى لو اشتراه عتق عليه واذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فانه لا يكون للآخر الاستخدام والمقر أيضا امتنع عليه الاستخدام

بأن المراد الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس قال (وان كانت جارية بين رجلين) اذا كانت الجارية بين رجلين (زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوما) أي ترفع عنها الخدمة يوما (وتخدم المنكر يوما عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة) كلها (لاسبيل عليها) يعني للمقر بالاستسعاء (لهما أنه لما لم يصدقه) وتقريره أن المقر لو أقر على نفسه بالاستيلاد صح فاذا أضافه الى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما اذا أقر المشتري على البائع انه أعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كأنه أعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن للمنكر تضمين المقر لانه ما أقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية (فتخرج الى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني اذا أسلمت) تخرج الى

لانه

(قوله كما اذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع) أقول قوله قبل متعلق بقوله أقر

العتق بالسعاية لتعذر ابقائها فى يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر (ولابى حنيفة أن المقر لو صدق) تقرير موقوف على مقدمة هى أن الخبر ينقسم الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر اما أن يكون صادقا فى اقراره أو كاذبا فان كان الاول (كانت الخدمة كلها للمنكر) وان كان الثانى (كان له نصف الخدمة فيثبت ماهو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك) أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففى كلامه لف ونشر على ماترى وقوله (والاقرار بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب) جواب عن قولهما كأنه استولدها يعنى أنه لما أقر بأمومية الولد والاقرار بها يتضمن الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا أقر بنسب صغير لرجل فكذبه المقر له ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وان كانت أم ولد بينهما) بأن ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية أم الولد غير متقومة عنده) خلافا لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف فى كفاية المنتهى منها أنه اذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى ومنها أنها اذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شئ عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا ويستسعى الولد فى نصف قيمته ان كان معسرا ومنها أنه اذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيأ عنده خلافا لهما

ولأبى حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ماهو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد (وان كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها) لان مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل أوردناها فى كفاية المنتهى

لانه يدعى الملك على المنكر واذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه فى الحكم ثبت له حق استسعائها الاحتباس ماليتها ومنافعها عندها ولا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لأحد عليها فان المنكر أخذ حصته والمقر يبرئها منه ويدعى أن حقه فى تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كأم ولد النصرانى اذا أسلمت لما امتنع باسلامها مقاصد الملك عليه ولم يمكن اخراجها عن ملكه مجانا للاضرار به وجب أن تعتق بالسعاية (قوله ولابى حنيفة) وعلمت أن أبا يوسف معه (أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين) لان المقر إما صادق فيكون جميع خدمتها له لانها أم ولده وهو مستحق خدمتها أو كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن وأما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لانه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لف ونشر مرتب وقولهما انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بأمومية الولد اقرار بالنسب (وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) بنفسه حكما نعم يوجب ذلك أن يؤاخذ باقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ولا يسرى قوله فى حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا لاقراره على نفسه لا من الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه (قوله وان كانت أم ولد بينهما) بأن ادعى كل منهما أنها أم ولده (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبى حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها) وان كان معسرا سعت للساكت فيه وأصل الخلاف فى تقوم أم الولد فعنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير أبى حنيفة (وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل) ذكرها المصنف فى كفاية المنتهى احداها هذه والثانية أم الولد اذا ولدت ولدا وهى بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيأ لشريكه عنده وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد فى النصف يعنى اذا بلغ حدا يستسعى فيه مثله ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين اذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده فى نصف قيمتها وتسعى عندهما ومنها لو غصب أم الولد غاصب فماتت فى يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر فى الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن به الصبى الحر حتى لو وضعها فى مسبعة فافترسها سبع

(قوله والاقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد) أقول فان قيل الاعتاق أيضا لا يرتد قلنا نعم والانقلاب فيه أيضا غير مسلم بل المقر مؤاخذ باقراره فليتأمل (قال المصنف فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) أقول لا يقال التشبيه من بعض الوجوه كامتناع البيع لانه لا يتفرع عليه حينئذ قوله فيمتنع الخدمة (قوله منها أنه اذا مات أحدهما الخ) أقول سيجىء فى آخر الباب أن بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله ففى تفريع هذه المسئلة على التقوم كلام

وجه قولهما أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوّم وبامتناع بيعها لا يسقط تقوّمها كما في المدبر ألا ترى أن أم ولد النصرانى اذا أسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوّم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا الفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع أما السعاية والاستخدام باقيان ولابى حنيفة رحمه الله أن التقوّم بالاحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوّم والاحراز للتقوّم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر

يضمن عنده كما يضمن الصبى الحر بذلك لانه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت فى يد المشترى لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها أمة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الام عند المشترى فادّعى البائع الولد صح وعليه أن يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن (قوله وجه قولهما) وهو قول الجمهور (أنها منتفع بها وطأ واجارة واستخداما) وكذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لى حر عتقت وهذا هو دلالة التقوّم والفائت ليس إلا مكنة البيع وهو لا ينفى التقوّم كما فى المدبر والآبق وامتناع سعايتها الغرماء المولى أو ورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته الدفع حاجته كى لا يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصها لا يوجد فى المدبر فلهذا افترقا فى السعاية وعدمها (وهذا) أى الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه (دلالة التقوّم) لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها العدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا بثبوت حق الحرية ولا تنافى بين حق الحرية والتقوّم ألا ترى أن أم ولد النصرانى اذا أسلمت سعت له وهذا آية التقوّم فى أم الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد النصرانى فاذا ثبت التقوّم فى احداهما ثبت فى الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت أمه أم ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثانى اجماع مركب وأيضا ثبتت ماليتها فلا تخرج عنها الا بمقتض وحق الحرية الطارئ بالاستيلاد ليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك فى المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوّم لثبوتهما فيه (قوله غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا الفوات) منفعتين (منفعة البيع والسعاية بعد الموت) والباقى منفعة من ثلاث فحصتها ثلث القيمة (بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع) فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثى قيمته قنا وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف وقد بيناه فى الكلام على قيمة المدبر فى مسئلة عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر (قوله ولابى حنيفة) الحاصل أن ما ذكر من اللوازم انما هى لوازم الملك بعضها أعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة فان الوطء يثبت ولا ملك له فى المنكوحة والاستخدام والاجارة تثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام فى ملك الرقبة انما الكلام فى التقوم والمالية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التموّل حتى لا يكون العبد قبل الاحراز مالا متقوما الا بالملك وان ثبت معه والآدمى وان صار مالا متقوما بعد ان لم يكن فى الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا أحرز للتموّل وأم الولد اذا أحرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتموّل وان كان أول تملكها كان للتموّل لكن عندما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرناه وهذه المقدمة تقبل المنع أعنى انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بأن يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء التقوّم وجوابه أنه وان لم ينافه لكنه تابع فصار الاحراز فى حق التقوم كالمنتفى ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها الغريم أو وارث وان لم تخرج من الثلث أو لا مال له سواها وعليه ديون فان ما كان مالا متقوما فى حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو فى بعض الصور كالمدبر لما لم يخرج من الثلث أو خرج والتركة مستغرقة تعلق به فظهر أنه يعتبر حالة الحياة مالا غير أنه موصى به واذا لم يمكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسعى فى قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وأم الولد وحيث

ثبت

(وجه قولهما) فى تقوم أم الولد (أنها منتفع بها وطأ واجارة واستخداما) بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطء لا يكون الا بملك اليمين عند عدم النكاح (ألا ترى أن أم ولد النصرانى اذا أسلمت عليها السعاية) ولو لا تقومها لم يكن كذلك فان عورض بأن بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم أجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقوّمها كما فى المدبر وقوله (غير أن قيمتها) بيان لمقدار القيمة وهو واضح (ولابى حنيفة أن التقوم بالاحراز) للتمول ولا احراز للتموّل فى أم الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله (لا للتقوم) معناه للتمول وكذلك فى قوله (والاحراز للتقوم تابع) أى ليس بمقصود لانه اذا حصنها واستولدها ظهر أن احرازها للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول وقوله (ولهذا لا تسعى لغريم) جاز أن يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعنى أنه لو كان مقصودا لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرماء به بعد موته لكن اللازم باطل فكذلك الملزوم وجاز أن يكون بيانا لقوله وهى محرزة للنسب لا للتقوم وقوله (بخلاف المدبر) جواب عن قولهما كما فى المدبر يعنى

(قال المصنف وهذا هو دلالة التقوّم) أقول فيه بحث لان أبا حنيفة يقول بل هذا هو دلالة الملك وهو غير التقوّم ثم اعلم أن فى تقويم أم الولد روايتين عن أبى حنيفة كما سيجىء فى كتابة العبد المشترك من العناية وغيرها

بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء وقوله (وهذا) اشارة الى الفرق بين أم الولد وبين المدبر وبيانه (أن السبب فيها) أى فى أم الولد (متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ماعرف فى حرمة المصاهرة) وكان ذلك يقتضى سقوط الملك والتقوم جميعا (الا أنه لم يظهر عمله فى حق) زوال (الملك ضرورة الانتفاع) كما لم يظهر فى زوال ملك النكاح لذلك ولا ضرورة فى اسقاط التقوم فعمل فيه السبب وأما فى المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لان قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ماعرف وقوله (وامتناع البيع فيه) جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المدبر الا أنه انما امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته وقوله (وفى أم ولد النصرانى) جواب عما قاسا عليه وقوله (قضينا بتكاتبها عليه) ليس المراد به حقيقة التكاتب ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت فى معنى المكاتبة وانما فعلناها كذا (دفعا للضرر عن الجانبين) أما فى حق أم الولد فلئلا تبقى تحت يد نصرانى وهى مسلمة وأما فى حق النصرانى فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هى فى معنى المكاتبة كان ما أدته فى معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه فى الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان تكاتبها لم يقتض تقوم أم ولد النصرانى فاطرد ماقلنا والله أعلم

وهذا لان السبب فيها متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ماعرف فى حرمة المصاهرة الا أنه لم يظهر عمله فى حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب فى اسقاط التقوم وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفى أم ولد النصرانى قضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

ثبت التقوم فى المدبر ورد عليه لو كان متقوما جاز بيعه فأجاب عنه بأن عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته والجواب عن الزام التقوم بأم ولد النصرانى بمنع تقومها والزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة اذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فأنزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة الى التقوم لأنه فى أصله بمقابلة ماليس بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم فالامور الضرورية لا يقاس عليها ماليس فى محلها من تلك الضرورة أو نقول هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتنى على اعتقادهم كما فى مالية الخمر أو ان ملكه لما احتبس عندها المعنى من جهتها كان مضمونا عليها وان لم يكن متقوما كالقصاص اذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله وبهذا تم الوجه لابى حنيفة وأما قوله فى الكتاب (وهذا لان السبب فيها) أى فى أم الولد (متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد) فغير متوقف عليه الاثبات اذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعنى أن حكمة اسقاط الشرع تقومها ثبوت الجزئية بينها وبين مولاها الحر الى آخر ماذكر فى المصاهرة كما أشار اليه عمر حيث قال كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم فالثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه أن تتجزحريتها لكن انعقد الاجماع على عدمه فبقى فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الاجماع عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه السلام أعتقها ولدها بهذا الطريق وهو أنه يدل على تنجز العتق لكن الاجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية فبقى فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم فان قيل فالتدبير أيضا كذلك أى سبب فى الحال للعتق لما ذكر فى بابه فيجب أن ينتفى تقوم المدبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد فالجواب أن ثبوت سببية التدبير فى الحال على خلاف القياس فى سائر التعليقات لضرورة هى أن تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لان ما بعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه اليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره فى حرمة البيع خاصة لا فى سقوط التقوم بل يبقى فى حق سقوط التقوم على الاصل يعنى فتتأخر سببيته لسقوط التقوم الى ما بعد الموت وعلى هذا يحمل قول المصنف وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه الزام التناقض وذلك أن كلامه فى سقوط التقوم لام الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم فى أم الولد ثابت فى الحال وسبب سقوطه فى المدبر متأخر الى ما بعد الموت كما بينا

﴿ باب عتق أحد العبدين ﴾

هذا أيضا من عتق البعض غير أن الاول فى بعض الواحد وهذا الكلام فى بعض المتعدد فنزل الاول من

﴿ باب عتق أحد العبدين ﴾

لما فرغ من بيان عتق بعض العبد بين عتق أحد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحد كما حر) ولم يسم كلا منهم باسم الفعل الذى اتصف به من كونه خارجا ودا خلا وثابتا (٤٠٠) يؤمر المولى بالبيان مادام حيا لانه هو المجمل فيرجع فى البيان اليه و يعتق الذى عينه فان بين الكلام الاول فى الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان فى الكلام الثانى و يعتق من عينه وان بين الكلام الاول فى الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثانى لانه صار خبرا فلا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال أحد كما حر لا يعتق العبد وان بدأ ببيان الكلام الثانى وقال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان قال عنيت بالكلام الثانى الثابت عتق الثابت بالكلام الثانى وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج أيضا (وان مات ولم يبين عتق من الذى أعيد عليه القول) يعنى الثابت أعيد عليه قوله أحد كما حر (ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين) يعنى الخارج والداخل (عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد كذلك) يعنى يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه (الا فى العبد الآخر) وهو الداخل (فانه يعتق ربعه) باعتبار الاحوال والاصل فى اعتبار الاحوال فى حالة الاشتباه ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث

باب عتق أحد العبدين

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحد كما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذى أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك الا فى العبد الآخر فانه يعتق ربعه)

هذا بمنزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول فى عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد (قوله ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر) وهو الباقى من الاعبد الثلاثة (فقال) المولى (أحد كما حر) فالمسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يبين العتق قبل الموت والثانى أن يموت المولى قبل بيانه وهى مسئلة الكتاب والثالث أن يموت العبد قبل البيان وحكم هذا القول اذا وقع منه أن يؤمر المولى بالبيان وللعبيد مخاصمته فى ذلك فاذا بين العتق فى الثابت وهو العبد الذى لم يخرج بالكلام الاول عتق و بطل الكلام الثانى لانه حينئذ جمع بين حر وعبد وقال أحد كما حر انشاء فى المبهم الدائر بينهما ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل انشائيته وصار خبرا بأن أحدهما حر وهو الثابت (١) فلا يفيد فى الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه فى المعين والعتق المبهم لا ينزل فى المعين فصار بيانه فى الثابت كأنه انشاء لان العتق فيه بعد ما أعتق الاحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثانى ولو تجزء عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان أجيب بأن البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث ان وقوع العتق الاول فى المعين به لا يكون بالعتق الاول فقط لانه عتق مبهم وهو غير المعين يكون انشاء ومن حيث ان المولى يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على انشاء العتق يكون اظهارا فعلى تقدير الانشاء يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال ويؤمر ببيان الكلام الثانى و يعمل ببيانه وان بدأ ببيان الكلام الثانى فقال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق و يؤمر ببيان الاول فأيهما بينه من الخارج والثابت عمل به وان قال عنيت بالكلام الثانى الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل لان حال وجوده كانا رقيقين وان لم يبين المولى شيأ حتى مات أحد العبيد فالموت بيان أيضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول والخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم و بطل الايجاب الثانى لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثانى لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل أمر ببيان الاول فان عنى به الخارج عتق الثابت أيضا بالايجاب الثانى وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثانى لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان فهى مسئلة الكتاب واتفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت واختلف فى الداخل ومذهب أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يعتق نصفه أيضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الارباع مع قولهما بعدم تجزى الاعتاق والجواب أن قولهما بعدم تجزيه اذا وقع فى محل معلوم أما اذا كان الحال انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهى مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة والحاصل أن عدم التجزى عند الامكان والانقسام هنا ضرورى ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق منه البعض الذى ذكر لا يقر فى الرق بل يسعى فى باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن أن نقول يعتق جميع كل واحد عندهما و يسعى فى ذلك القدر فيتحد

الحاصل

(قوله ثلاثة أرباعه) أقول فاعل عتق

(١) قوله فلا يفيد فى الخارج هكذا فى النسخ ولعل الظاهر فلا يفيد فى الداخل تأمل اه من هامش نسخة العلامة البحراوى

أما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالايجاب الثانى ربعا آخر لان الثانى دائر بينه وبين الداخل وهو الذى سماه فى الكتاب آخرا فيتنصف بينهما غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثانى فى نصفيه فما أصاب المستحق بالاول لغا وما أصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو أريد هو بالثانى يعتق نصفه ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثانى والنصف بالاول وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثانى بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع فى حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

الحاصل على قولهما وقول أبى حنيفة غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده وعندهما يسعون وهم أحرار اذ الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجانا الا أن يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقى الى أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما ورد على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى أحدكما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل أحد كما لا يؤدى معنى كلا كما وقد يدفع عنه هذا بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما للضرورة التى اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه فى الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله أعتقت نصفك فكما يقع انعتاق النصف انعتاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل أنه لا موجب أصلا لخروجهما عن أصلهما وموافقة أبى يوسف أبا حنيفة فى عتق نصف الداخل لا توجب موافقته فى التجزى ووجه الاتفاقية ما ذكره المصنف بقوله (أما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف) اذ لا مرجح (غير أن الثابت استفاد بالايجاب الثانى ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما) لكن نصف الثابت شاع فى نصفيه فما أصاب منه المعتق بالاول لغا وما أصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولانه لو أريد الثابت بالثانى يعتق نصفه) الباقى ولو أريد الداخل لا يعتق منه شئ فعتق نصفه فى حال ولم يعتق منه شئ فى حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة الارباع ووجه المذكور لمحمد فى الداخل أن الايجاب الثانى دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل (قوله وهما يقولان) حاصله أن اصابة الربع عندهما ليس قضية الكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه فى كله ونصفه شائعا معتق فما أصاب منه هذا النصف لغا وما أصاب القن عتق فلغا ربعه وهذا المعنى منتف فى النصف الذى أصاب الداخل وقد علمت آنفا أن محمدا لم يوافق على هذا التوجيه وتقدم له أيضا أن الايجاب الثانى صحيح فى حالة وهى أن يريد بالكلام الاول الخارج غير صحيح فى حالة أخرى وهى أن يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما الكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شئ أصلا فانتصف الثابت به فأصاب كلا ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه واذا عرفت هذا ظهر أن المذكور فى وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف أصلا بل أصابه الربع ابتداء بما ذكر من الوجهين * واعلم أن قولهم يريد الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل أن يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه

أناسا الى بنى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود منهم كان محتملا أن يكون لله تعالى فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وأن يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا تجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه أوجب النصف وأسقط النصف وعلى هذا مسائل أصحابنا فان قيل ما بال أبى حنيفة فى الخنثى يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال أجيب بأنه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال فى موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذى نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال أو النساء لا بد أن تفلك لها ثدى أو تنبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح

(قوله يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار) أقول يعنى أن الكلام فى المستمر على الاشكال

قال (فان كان القول منه فى المرض قسم الثلث على هذا)

هـذا اذا كان فى الصحـة (فان كان القول منـه فى المرض) فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك وان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفـذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته

وللشافعى فى أصل المسئلة قولان فى قول يقرع بينهم وفى الاصح يقوم الوارث مقام المولى فى البيان وعند أحمد يقرع بينهم وكذا اذا قال لعبديه أحدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا أن يقول كنت نويته عند التلفظ لنا فى تأصيل اعتبار الاحوال ما روى أنه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فقضى النبى صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا لاعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما فيجب كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتـل كما يفعلونه فكان موجبا للكمال فى اعتبار غير موجب فى اعتبار فقضى بالنصف ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه الجماعة الا البخارى وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا وقد علمت أن ما صح سنده جاز أن يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه قالوا هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا الا ان ظهر كذا وأما اقتضاء العادة بخلافه فانها قاضية بنفى أن واحدا يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شئ قليل ولا كثير وما قيل من أنه قد يتفق للعرب ذلك ليأخذوا غلتهم أو يكون وقع له ذلك فى غنيمة ان كان مع الفرض الذى فرضناه من عدم شئ قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضا مما تقضى العادة بنفيه لانه أندر نادر فكان مستحيلا فى العادة والعرف فوجب رد الرواية لهـذه العلة الباطنة كما قالوا فى المتفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس أنه يحكم بغلطه وصار هـذا من جنس خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأما ما قيـل أنها واقعـة حال فلا تعم فليس بشئ لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ارتكابه وتقرر الحكم به والا فمثله يلزم فيما استدللتم به لاعتبار الاحوال من قصة الخثعميين بلا فرق وكذا نحوه من أوجه ضـعيفة وحقيقة الوجه ليس الا دلالة العادة والكتاب على نفى مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران ولذلك أجمع على عدم الاقراع عند تعارض البينتين للعمل بأحدهما وعلى عدمها أيضا عنـد تعارض الخبرين ونحن لا ننفى شرعيـة القرعة فى الجملة بل نثبتها شرعا لتطييب القلوب ودفع الاحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا الا أنه ربما يتسارع الضغائن الى من يخصها من بينهن فكان الاقراع لتطييب قلوبهن وكذا اقراع القاضى فى الانصباء المستحقة والبداية بتحليف أحد المتحالفين انما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل أنها انما تستعمل فى المواضع التى يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه استهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان لذلك والا فهو كان أحق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والله أعلم فأما أن يتعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم فى سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدى الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم يقع فى كل منهم منه شئ فاذا جمع الكل فى واحد فقد حرم الآخر بعض حقه بخـلاف ما اذا وزع فانه ينال كلا شئ وأما اذا لم يكن شائعا فيهـم كما تقـدم فى العشرة المالكين لعشر جوار اذا أعتق أحـدهم جاريتـه ثم لم تدر وصار ملك العشر لواحـد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى فى تسعة أعشارها ففيـه اصابة المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز أن يفوتها كل حقها (قوله فان كان هـذا القول منه فى المرض قسم الثلث على هذا) لان العتق فى المرض وصية ومحل نفاذ الوصـية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهـم ولم تجز

الورثة

فيجعل أولا كل رقبة على أربعة أسهم (لحاجتنا الى ثلاثة الارباع) فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الارباع وهي ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع أحدا وعشرين وثلثاه أربعة عشر لامحالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في الاربعة وأما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم فكانت سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلاثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثنى عشر وسهام الوصايا ستة

وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة ويعتق من الباقيين من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر (ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه)

الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المصنف (وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما على قول محمد فستة وذلك (لانا نجعل كل رقبة على أربعة) وانما نجعل كل رقبة على أربعة (لحاجتنا الى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه) من أربعة (ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة) خارجة من الثلث فلا بد من كون سهمان الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال أحدا وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت الى ثلاثة أسباعه وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع وأما قول محمد فانما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدسا وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتق من مستحق ثلاثة الارباع على قوله نصفه وعلى قولهما يعتق منه نصفه الا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة وعلى قولهما يعتق ثلثه الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف (قوله ولو كان هذا في الطلاق) يعني قال لزوجتين له احداكما طالق فخرجت احداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احداكما طالق (وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه) ووجب لها ثلاثة أرباعه (ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه) ووجب لها خمسة أثمانه (ومن مهر الداخلة ثمنه) ووجب لها سبعة أثمانه فألزمهما محمد رحمه الله المناقضة فان سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع

فان قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا أجازت الورثة أو لم يجيزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزأ أجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزأ اذا صادف محلا معلوما أما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وما كان كذلك لا يتعدى موضعها (قوله ولو كان هذا) أي ولو كان هذا الكلام (في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) وهي مسئلة الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن في الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الايجاب الثاني

(قوله فان قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا الخ) أقول قوله ولا سعاية عليهم منظور فيه وقوله لان الاعتاق لا يتجزأ لا يفيده فان كل واحد منهم يكون عندهما حينئذ حرا مديونا يسعى في دينه فليتأمل فانه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعاية للخلاص من الرقبة ألا ترى الى وجه الفرق عند أبي يوسف حيث جعل كلا من العبدين محلا للعتق والى قولهم بالتجزي في الطلاق مع أنه أبعد عنه من العتاق لكونه محلا للاجتهاد فيه (قوله أجيب بأن الاعتاق الخ) أقول ورد هذا الجواب في فتح القدير فراجعه ان شئت (قوله لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة الخ) أقول الشئ اذا ثبت ولو بالضرورة ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم الاعتاق عندهما أن يسري ولا يتجزأ يظهر ذلك بملاحظة ما ذكراه في تعليل عدم تجزي الاعتاق

(فقيل هذا قول محمد) فلا يكون حجة عليهما لان عندهما يسقط ربعه (وقيل هو قولهما أيضا) فلا بدّ من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان الثابت فى العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق الى أيهما شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرّا من وجه عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثانى صحيحا من كل وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فاما الثابتة فى الطلاق فمترددة بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية لان الخارجة اذا كانت مرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثانى وان كانت الثابتة هى المرادة بالايجاب الاوّل كانت أجنبية فيلغو الايجاب الثانى فجعلت أجنبية من وجه دون وجه فصح الايجاب الثانى من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن وأما التفريعات فنها ما ذكرنا فى أوّل البحث اذا كان المولى والعبيد أحياء ومنها اذا كان المولى حيا ومات أحد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل أما الخارج فلأن الكلام الاوّل أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت (٤٠٤) فبطلت بموته مزاحمته وكذلك الكلام الثانى أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما وأما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا وأما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بموته ظهر أن الكلام الثانى صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وان مات الداخل قيل للمولى أوقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت فان أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضا لانه ظهر أنه كان عبدا عند الايجاب الثانى وبطل مزاحمة الداخل بموته وان أوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال الامام فخر الاسلام فى شرح الزيادات هذا عند محمد فأما عندهما فيجب أن يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثانى صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعينه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاوّل وبطل الكلام الثانى لان المضموم اليه حر هذه تفريعات العتاق وأما تفريعات الطلاق فنها أن الزوج اذا كان حيا والنسوة أحياء وأوقع الطلاق الاوّل على الخارجة صح الكلام الثانى وله الخيار فى تعيين الثابتة أو الداخلة بالثانى وان أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثانى وان أوقع الطلاق الثانى على الداخلة كان له الخيار فى تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الاول ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حىّ طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر وان ماتت الداخلة كان مخيرا فى الاخريين بالكلام الاوّل فان أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة فان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر فى مسئلة العتاق ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه

قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما أيضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها فى الزيادات

طلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من مهريهما ليست احداهما أولى بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثانى موجب فى حال هى أن تراد الخارجة دون حال وهى أن تراد الثابتة لانه يصير جامعا بين أجنبية ومنكوحة لانه لا عدة لانه قبل الدخول فينتصف ويثبت به سقوط الربع موزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم الى ما سقط مع الاولى فيتم لها ثلاثة أثمانه فيجب مثله فى مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لان الثمن فى الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المصنف فى جوابه (قيل هذا) أى المذكور فى الطلاق (قول محمد وحده أما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة) لا الثمن فلا يتم به الالزام (وقيل) بل (هو قولهما أيضا) والفرق ذكر المصنف أنه ذكره فى زياداته وذكر تمام تفريعاتها أيضا فيها أما التفريعات فما قدمناه فى بيان العتق قبل موت أحد وبعد موت أحد العبدين وأما التفريعات فى الطلاق فنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين أعنى الثابتة والنصف الآخر بين الاوليين لان احداهما ليست أولى به من الاخرى ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حىّ طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا فى العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة أرباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الاول فان أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت وان أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا فى مسئلة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول فى الخارجة صح وعليه بيان الثانى وله الخيار فى تعيين الثابتة أو الداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثانى وان أوقع الطلاق الثانى على الداخلة كان له الخيار فى تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الاول وان أوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة أيضا لما تقدم وأما الفرق فهو أن الكلام الثانى فى العتق صحيح من كل وجه فى حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا فى حق

(قوله كانت أجنبية الخ) أقول اذا الكلام فى الطلاق قبل الدخول ولا عدة عليها حينئذ

الثابت أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لانه عتق نصفه وهو يقول بتجزي الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة اليه أيضا بخلاف الطلاق لانه ليس بين كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثاني فيه دائرا بين كونه موجبا لسقوط النصف وكونه غير موجب شيأ بخلافه في العتق وأما على قول أبي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر بين أن يكون حرا وبين أن يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ما ذكرنا لابي حنيفة ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول أبي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف أحد به لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فقد يقال من طرف محمد رحمه الله ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدور ما يجب اعتباره وحال صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابت عتق أصلا ويجاب بأنه انما يجب الاعتبار حال صدوره اذا كان لتعرف حكمه اذ ذاك ونحن انما نريد أن نتعرف حكم الكلام بعد الموت وفرق آخر وهو أن الكلام الاول يعتبر تنجيزا في حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق أما البراءة عن المهر فلا تحتمله من جهة الزوج فان البراءة انما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزا في حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثاني مترددا بين أن يوجب أولا يوجب شيأ فأوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالاول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمنا واحدا هذا ولا يخفى أن تخصيص أبي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي أنه لا يقول بتجزي الاعتاق في الاعبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال (قوله ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أو مات أو قال له) أي لاحدهما (أنت حر بعد موتي عتق الآخر) المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم ومعلوم أن العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك وعند أحمد لا بيان الا بالقرعة وباللفظ لا يصح الا أن يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق أصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت أن يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذي قلته أو يقول أنت حر بذلك العتق أو أعتقتك بذلك العتق أما اذا اقتصر على قوله أنت حر ثم قال أردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيأ عتق هو والآخر معا لان هذا عتق آخر نازل بغير الاول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا أو بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا أو فاسدا مع قبض ودونه في الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا له عن الملك كما لو نجز عتق أحدهما أو باعه أولا ولذا عتق الآخر بالمساومة في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصد ما ستبقاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بيانا للعتق الآخر وحكما كما اذا مات أحدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختيارا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قرينه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه ولابد من عتق أحدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في المعتق المبهم المعلق كأن قال اذا جاء زيد فأحدكما حر فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد رأيت أنه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال أنت حر ان دخلت هذه الدار أو هذه ثم عين احداهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كليهما ثم اشتراهما

لا براجها الا احدى الاولين والنصف الآخر بين الاولين لان احداهما ليست بأولى به قال (ومن قال لعبديه أحدكما حر) كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح

(قوله لا براجها الا احدى الاولين) أقول يعني الثابتة

خلا أن قوله لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت أورد عليه ما لو قال لامته احدى هاتين ابنتي أو أم ولدي وماتت احداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية وأجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار ويجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحي فيرجع الى بيان المولى وأما الانشاء فلا يصح الا في الحي وأما في مسئلتنا فانما تعين أحدهما للحرية اذا مات الآخر لان البيان قائم بوصفين بوصف الانشاء و بوصف الاظهار وهذا لان قوله أحدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت فبالنظر الى هذا يكون البيان انشاء ومن حيث ان العتق

لا يعدوهما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع المال ان كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة وقوله (وكذا اذا استولد احداهما) يعني اذا وطئ احداهما فعلقت منه لانها صارت أم ولده فمن ضرورة صحة أمية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احداهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة وقوله (للعنيين) يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته (ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض و بدونه و) البيع (المطلق) عن الخيار (و) البيع (بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقيده بشئ (والمعنى ماقلنا) وهو أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين الآخر له (والعرض

لانه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احداهما للعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض و بدونه والمطلق و بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ماقلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك

ثم جاز يد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت فأنت حر ثم قال له مع آخر أحدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كونه ولو كاتب أو رهن أو آجر يكون بيانا ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لا يكون بيانا (قوله لانه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع) أي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه (وللعتق من كل وجه) أي ولم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله أحدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان و بالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت (فتعين الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن و بالتدبير) قصد (استبقاء الانتفاع) به مدة حياته وان يعتقه بعد موته (والمقصودان) يعني الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت (ينافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فيتعين له الآخر دلالة) (قوله وكذا اذا استولد احداهما) أي اذا وطئ احداهما فعلقت لانها صارت أم ولده فتعينت الاخرى للعتق للعنيين وهما كونها لم تبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبر وقصد ابقائها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطء بالمعلق لان الوطء غير المعلق ليس بيانا عند أبي حنيفة كما سنذكر واستشكل على تعين الآخر بموت أحدهما مالو اشترى أحد العبدين وسمى ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع أن بالموت لم تبق محلية البيع كما لم تبق محلية العتق ومالو قال لامته احدى هاتين بنتي أو أم ولدي ثم ماتت احداهما لا تتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الاول بالفرق بأن عند اشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لانه تعذر رده كما قبضه فانه لا يخلو عن مقدمة تعيب فانما تعين للبيع وهو حي لا ميت ولا يتعين العتق بالاشراف على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا فالعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بأنه ليس ايقاعا بصيغته بل اخبار و يجوز أن يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله (لاطلاق جواب الكتاب) يريد الجامع الصغير وقوله (والمعنى ماقلنا) أي من أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق (قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك) روى عن محمد في

على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن أبي يوسف) روى ابن سماعة عن أبي يوسف اذا ساوم أحدهما كان بيانا يعني لتعين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة وقوله (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع) قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تأكيدا لان محمدا رحمه الله ذكر في الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض

(قال المصنف لاطلاق جواب الكتاب) أقول مجرد الاطلاق لا يكفي لانه ينصرف الى الكمال فالمآل الى ملاحظة المعنى (قوله ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة) أقول يعني في الأصول (قوله قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تأكيدا لأن محمدا الخ) أقول يعني انما ذكره تبعا لمحمد لا لانه شرط

عتق الآخر ولان البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد (وكذلك اذا قال لامرأتيه احدا كما طالق ثم ماتت احداهما لما بينا) أن الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا الطلاق فتعين الاخرى له (وكذا لو وطئ احداهما لما بينا) في المسئلة التي بعد هذه (ولو قال لامتيه احدا كما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند أبي حنيفة وقالا تعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حرة) لا ملك فيها فالوطء لا يحل فيها فاذا وطئ احداهما جعل مستبقيا للملك فيها ليقع الوطء حلالا حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق (ولابي حنيفة رحمه الله أن الملك قائم في الموطوأة) أي في التي توطأ من كل منهما واذا كان الملك قائما كان وطؤها حلالا أما أن الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو في المنكرة (وهي) أي الموطوأة (٤٠٧) غير منكرة بل هي (معينة) فلا يكون الايقاع فيها

وكذلك لو قال لامرأتيه احدا كما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذلك لو وطئ احداهما لما بينا (ولو قال لامتيه احدا كما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق) لان الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوأة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله أن الملك قائم في الموطوأة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه الا أنه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة

الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر قال واذكره الاقباض تو كيدا لا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف مختص بالملك ولان المساومة اذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل في طريق الملك أولى أن يعينه (قوله وكذلك لو قال لامرأتيه احدا كما طالق ثم ماتت احداهما) يعني تطلق الحية (لما قلنا) في العتق من عتق الباقي بموت أحدهما لعدم محلية العتق (وكذا لو وطئ احدى المرأتين تطلق الاخرى لما بينا) في مسئلة الامتين التي تليها (قوله ولو قال لامتيه احدا كما حرة ثم جامع احداهما) ولم تعلق (لم تعتق الاخرى عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد أما لو علقت عتقت الاخرى اتفاقا ولو قال احدا كما مدبرة ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق (وقالا تعتق) وبه قال الشافعي ومالك في رواية (لهما أن الوطء لا يحل الا في ملك) واحداهما ليست في الملك لعتق احداهما بذلك الكلام ولذا لو قتلهما انسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان وطء احداهما مبينا للمستبقي الملكها (فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق) المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احدا كما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال طالق بائن أو ثلاثا فوطئ إحداهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا لا يكون الوطء بيانا للطلاق الاخرى لحل وطء المطلقة الرجعية ذكره في النوادر وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات في الزيادات لا يثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء (وله أن الملك قائم فيهما) جميعا حتى قال يحل وطؤهما ولهذا لو وطئتا بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين و يكون كله للمولى وانما هو لك البدل بملك الاصل وهذا لان العتق في المنكرة أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة وتنافيها الا أن المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الاخرى في حق العلم والمبهمة أحد دائريتهما ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط

واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلا وأما أن الملك اذا كان قائما كان الوطء حلالا فظاهر لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطء حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة (ولهذا حل وطؤهما على مذهبه) وهذا في غاية الدقة ويلوح منه سيما التحقيق (الا أنه لا يفتى به) قيل لان المنكرة التي يثبت فيها العتق لا تخلو عنهما ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا الى ترك أبي حنيفة الاحتياط وأرى أنه لا يفتى به لئلا يتخذ مغمزا لابي حنيفة بترك الاحتياط فان قيل العتق إما أن يكون نازلا أولا فان كان غير نازل كان اهمالا للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا يجوز وطؤهما أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني (ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به) أي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول (أو يقال نازل) أي العتق نازل (في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله) كالبيع فان المنكر يقبله بأن يشترى أحد العبدين على أن المشترى بالخيار فيهما فانه يصح (والوطء) لا تقبله المنكرة لانه (يصادف المعينة) اذ هو أمر حسي لا يقع الا في المعين ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بيانا في الاخرى

(قال المصنف لان الايقاع في المنكرة) أقول أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة كما لا يخفى (قوله فظاهر لا يحتاج الى البيان) أقول فيه بحث فان الملك باق في المكاتبة ولا يحل وطؤها وقد مر في الدرس السابق أن مثلها في حكم المكاتب وبالجملة ما ذكره محتاج الى البيان ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فافهم (قوله فكذا هذا) أقول فلا يلزم الاهمال

بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلى من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك فى الموطوأة صيانة للولد أما الامة فالمقصود من وطئها اقضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته ان طلقتك فأنت طالق أو لامته ان دخلت فأنت حرة فان له وطأهما قبل الشرط لقيام الملك فى الحال فقولهما احداهما حرة ان أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه ولا يفيد لان الوطء انما يقع فى المعينة فوطؤهما لم يقع فى محل الحرمة فحل فاذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء احداهما دليلا على تحريم الاخرى بعتقها وانما يلزم اذا كان الحلال وطء احداهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فانه لو صح ماذكر لزم حل وطئهما لوقوعه فى معينة والمطلقة هى المبهمة فاذا أجيب عنه بتقييد حلهما بما اذا لم تتعين احداهما للطلاق وبمجرد وطء احداهما تتعين الاخرى فتحرم بخلافه فى العتق عاد أول المسئلة وهو أنه كما كان الوطء بيانا فى الطلاق يجب أن يكون بيانا فى العتق لان الملك فى الزوجتين المعينتين قائم وانما المطلقة هى المبهمة ولا جواب له سوى أن الدال فى الاصل أعنى الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستبقاء فانه هو الدليل على نفى الاخرى اذا كان الواجب اخراج إحداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد فان طلبه يفيد استبقاء من هو منها كى لا يضيع حاله ووطء المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذى وضع له عقدها الا وطء الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطؤها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة وعلى هذا فيكفى فى دليلهما أن يقال وطء احداهما دليل استبقائها كالوطء فى الطلاق المبهم وفى وجه قوله منع دلالته والفرق بما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما وحل وطئهما ثم القول بأنه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق أنه لا يحل وطؤهما كما لا يصح بيعهما وقد وضع فى الاصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز ايجاب أحد أشياء كما فى خصال الكفارة وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها الا واحدا لانه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولا يعلم خلاف فى ذلك وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطء وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق إحداهما لا يعدوهما ففى وطئهما وطء المحرمة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف أخذه أرش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطء وغرامة قيمتهما لو كين كذلك أيضا وانما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما يتنصف لان احداهما حرة بيقين ولا تعرف فتنصف فى الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة أمة اذ ليست كل منهما حرة فى نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة لا تعدوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما وقولهم وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطؤهما غير صحيح اذ لا تعليق بل تنجيز مأمور فى الشرع بتعيين محله ولو كان يمينا محضا لم يجبر على ايقاع شرطه كسائر الأيمان وهنا يجبر على البيان الذى هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبيه به من حيث توقف الوقوع فى المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة أحكامه من حل الوطء قبل الشرط فيهما وأبو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما بحل وطء احداهما ﴿ فروع ﴾ من البيان لو قال لامتيه احداكما حرة ثم قال لم أعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم أعن هذه الاخرى عتقت الاولى فتعتقان لان قوله لم أعن هذه اقرار بعتق الاخرى فقد أقر بعتقهما وكذا هذا فى الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين على ألف فقيل له أهو هذا فقال لا لم يجب للآخر شئ والفرق أن البيان فى الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه فى انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال أمة وعبد من رقيقى حران ومات قبل البيان فان كان له أمة وعبدان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثه ويسعون فى

فان قيل فكيف وقع بيانا فى الطلاق أجاب بقوله (بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلى من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك فى الموطوءة صيانة للولد أما الامة فالمقصود من وطئها اقضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء) وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما أن يكون المصنف اختار جوازه أو يحمل على المخلص المعروف فى أصول الفقه وقد قررناه فى التقرير أو فى تقرير

(قال المصنف لان المقصود الاصلى من النكاح الخ) أقول وهذا هو الجواب أيضا فى الوطء المعلق (قال المصنف فلا يدل على الاستبقاء) أقول الا اذا كان الوطء معلقا

قال (ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة) كلامه على ما ذكره واضح وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم أرقاء وأما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة و يعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام أولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها واما بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما أن الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان في طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فأنت حر فمضى الغد ولم يدر أنه دخل الدار أم لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولا وأما اذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات

(ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد) لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام أول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا

الباقي ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا أمتين عتق من كل نصفها أو ثلاثا عتق من كل ثلثها وتسعى في الباقي والله سبحانه وتعالى أعلم **(قوله ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الام)** وتسعى في قيمة نصفها (ونصف الجارية) وتسعى في النصف (والغلام عبد) لان كل واحدة من الام والجارية تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولا فيعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعا للام في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فاذا عتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد وأمه قنة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه أولا لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسئلة أنه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فمن هذا حكم الطحاوي بأن محمدا كان أولا مع أبي حنيفة وأبي يوسف ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت (١) الغلام أولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم أرقاء وأن جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما ولا يدرى الاول فالغلام رقيق والابنة حرة و يعتق نصف الام ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية أولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام أولا عتقت تبعا للام وأما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في ولادة الغلام أولا وترق في الجارية وجواب الكتاب عتق نصفهما مع نصف الام وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن وجوده اذا كان في طرف واحد كان القول قول من أنكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فأنت حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا للشك في شرط العتق فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولا وأما اذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة أو بنتها لوجود الشرط وقد عرف أن الامة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز أن يدعي رجل حسبة اذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور في المبسوط في تعليله صرح بأن الام تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر

(قوله القول فيه قول من ينكر) أول ضمير فيه راجع الى الشرط

---

(١) قوله الغلام هكذا في عدة نسخ ومثله في شرح الزيلعي وهو الصواب فما وقع في بعض النسخ من ابداله بالجارية تحريف من الناسخ كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي كتبه مصححه

وان ادعت الام أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيأ والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى

مع يمينه فأفاد أن ذلك في صورة دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب * واعلم أن ماذكر في النهاية من ترجيح مافي الكيسانيات حقيقته ابطال قول أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب واستدلاله بأن الشرط الكائن في طرف واحد الخ قد ينظر فيه بأن ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فأنت حر وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة بخلاف قوله ان كنت تحبيني الخ فيمكن أن تكون الولادة من الامور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما في الجامع (قوله وان ادعت الام أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين) بالله ما يعلم أن الغلام ولد أولا (لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية) معا (لان دعوى الام حرية الصغيرة) تثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لانها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتهما فعتقتا (فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيأ) من الحرية لنفسها (وباقي المسئلة بحاله) يعني ولدتهما فادعت الام تقدم الغلام وأنكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح بولاية أو انابة وهما منتفيان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغي أن تثبت حرية بنتها لانه لازم له فالاقرار بحريتها اقرار بحرية الاخرى أجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقا بوجود الشرط لجواز كونه بذلا لماليتها من المولى ليترك الحلف أو اقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبأن النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل ما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا (قوله ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقي بحاله ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا) في أن دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى (قوله وبهذا القدر يعرف ماذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية) وهي ما اذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أولا أو اتفقوا على أن ولادة الجارية أولا فلا يعتق أحد في الثاني ويعتق كل الام والجارية في الاول وبهما تم الاوجه للمسئلة ستة ﴿فرع﴾ في المحيط لو قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين أما الام فلانها تعتق في حال دون حال وهو رواية وفي عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لانها تعتق في حال وترق في حالين بأن كانت ولادة احدى الجاريتين أولا وأما الغلام فانه

وقوله (وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى) قيل هي ستة أوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير أحدها أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولا وهو المذكور في الكتاب أولا وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الام والجارية ويستسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب * والثاني أن تدعي الام أن الغلام هو المولود أولا وينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ماذكره في الكتاب * والثالث أن تدعي الام أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيأ وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ماذكره أيضا فيه * والرابع أن تدعي الجارية وهي كبيرة والام ساكتة أن الغلام ولد أولا وهو المذكور في الكتاب رابعا بجوابه ووجهه * والخامس أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولا والجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق * والسادس أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا والجواب أن الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لانه قد انفصل عن الام في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما

قال (واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه) الشهادة على طلاق احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق أحد عبديه كذلك عندهما وعند أبي حنيفة هي باطلة الا أن تكون في وصية استحسانا على ماذكره (وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الإمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وانما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على أن العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز أن يحلف به ويصح ايجابه في المجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حق الشرع ووجه قوله أن الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق أمة هي أخت مولاها من الرضاعة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق أجيب عن الاول بأن خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم تقع الحاجة الى الزام المنكر وههنا وقعت وعن الثاني بأن فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده يوجبه لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها بالمحرمية ألا ترى أنه جاز له أن يزوجها وبدل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج

قال (واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يكون في وصية) استحسانا ذكره في كتاب العتاق (وان شهدا أنه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق احداهن) وهذا بالاجماع (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق مثل ذلك) وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة

يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين أولا ويرق في حال بان ولدت الغلام أولا وأما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لان اصابة الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا عتق تبعا للام لا يتصور أن يعتق بعتق نفسه ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلا بد من الغاء احدى الجهتين فألغينا اصابة العتق من جهة الام واعتبرنا الاصابة بعتق أنفسهما لانهما أقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام أولا لا يعتقان بعتق أنفسهما وان كانت ولادة الجارية أولا تعتق الاخيرة بعتق نفسها فتثبت لهما حرية في حال دون حال فيثبت نصفه بينهما وقال أبو عصمة ينبغي أن يعتق من كل ثلاثة أرباعها لان الغلام لو كان أولا تعتق الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين أولا ثم الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول أبي عصمة وقال هو الذي يوافق ماتقدم (قوله واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة الا أن تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق) أي عتاق الاصل بأن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقا في صحته أو مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتنجيز عتق أحدهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد (قوله وأصل هذا) أي أصل هذا الخلاف (أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبي حنيفة من غير دعوى العبد) مطلقا لا في حرية الاصل ولا في الحرية العارضة على ماهو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين أن الدعوى عنده ليست شرطا في حرية الاصل بل في العارضة فقط (وعندهما تقبل) بلا دعوى (والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وان أنكرت الامة العتق لا يلتفت الى انكارها وتعتق لانها متهمة وكذا على طلاق احدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان أنكرت ويجبر على أن يوقع على احداهن (قوله والمسئلة معروفة) وجه قولهم أن المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة ويصح نذره به وحلفه به ولهذا لا يحتاج الى قبول ولا يرتد باقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل وأقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لان التناقض يبطل صحة الدعوى وانما لا تكفي شهادة الواحد لانه وان كان أمرا دينيا يتضمن ازالة ملك العبد وابطال ماليته ماله فلذا اشترط في الشهادة عليه اثنان ولابي حنيفة أن العتق اما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته أو هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع به على

(قوله وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده) أقول وكذا العفو عن القصاص وابراء الكفيل لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول مع أنهما من حقوق العبد (قوله ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته) أقول وكذا عتق الامة وتحريم الفرج من الثمرات

واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم تتحقق فى مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى أما فى الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا فى الشهادة لانها ليست بشرط فيها

الخصوص فى الحقيقة ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص فى الحقيقة ولا يكون ثبوت اللازم الا بعد الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى أنه يرد على هذا عتق الامة لانه يقال حرمة فرجها التى هى حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب أن يشترط دعواها فان قيل الفرق انها متهمة لرغبتها فى صحبة مولاها حتى نقول لو كان العبد أيضا متهما قبلت بلا دعواه وذلك بأن لزمه حد قذف أو قصاص فى طرف حتى لو أنكر العتق لا يلتفت الى انكاره قلنا نفرض الكلام فيما اذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق أولا ما هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى فى اشتراط الدعوى لانه اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أولا أو ثانيا فان حول التقرير هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى أما حقه سبحانه فما ذكرتم وأما حق العبد فلانه يصير به مالكا لاكساب نفسه فيتمكن من اقامة مصالحه وتثبت ولايته من نفاذ قوله فى الشهادة وانكاح بنته وحصول الميراث له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى وان لم يحتج الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا ألا ترى أن العفو عن القصاص وابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء رق الاصل وحريته كما فى دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما اجتمع فى العتق الحقان فلحق الله تعالى قلنا لا يمنع التناقض فى حرية الاصل ولا فى الحرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين أيضا ورد عليه أيضا عتق الامة فان فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه وأيضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوى لا يلزم ثبوتها الا أنه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانهما يتعارضان لانه اذا وقعت الشهادة بلا دعوى فى حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضى أن لا يثبت والحق أن المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح ما ثبت شرعا الاحتياط فى أمره وتوكيده وأمر الفروج محتاط فيه فالاحتياط أن لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شئ آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة والطلاق وبين عتق العبد لان حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضى لنفى الدعوى ليس من التأكيد بحيث يجب أن يثبت بلا دعوى وهماية ولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لانه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتتضمن شهادته دعواه وأما حق العبد فان افتقر ثبوته الى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائبا عنه وهذا القدر يحصل به المقصود فان المثبت فى الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيه ما لو أنكر العبد العتق ولا تهمة وحينئذ يجب الترجيح ويترجح حقه سبحانه وتعالى ولا يقال المقرر ترجح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينتفى معه الآخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى بل اذا أثبتنا حق الله تعالى كان اثباتا لحق العبد سابقا عليه وانما فيه أنه يثبت على رغمه (قوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا تتحقق فى مسئلة الكتاب) أى الجامع الصغير وهى ما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لانه عتق المجهول (والدعوى من المجهول لا تتحقق) وانما تتحقق من المعين فتنتفى المطابقة بين الدعوى والبينة

واذا ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله (واذا كان دعوى العبد شرطا عنده) الى آخر المسئلة وقوله (لان الدعوى من المجهول لا تتحقق) قيل عليه اذا ادعيا ذلك وجب أن تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه فدعواهما دعوى غير صاحب الحق وبأن الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين

(قوله لان الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين) أقول يمكن أن تكون الدعوى أيضا كذلك

وعندهما

وقوله (ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه) كصورة نقض على قول أبي حنيفة لان الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم تسمع البينة ههنا ووجه دفعه ماذكره بقوله (لانه انما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه) يعني قوله له أن الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطؤهما ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق اذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زنا واعترض بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك أيضا حق الله فوجب أن تستغني الشهادة فيه عن الدعوى والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن أن تكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ وقوله (أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته) بيان قوله الا أن تكون في وصية استحسانا وقوله (لان التدبير حيثما وقع وقع وصية) يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف أحدهما أن التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية (والخصم في الوصية انما هو الموصي) لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا (وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث) فتقبل الشهادة والثاني أن العتق يشيع بالموت فيهما (٤١٣) لانه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان فكان ايجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما (فصار كل واحد منهما خصما متعينا) ولم يذكر وجه القياس وهو أن المقضي له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم

ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ولان العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا

وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما (قوله ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه الخ) جواب عما قد يقال اذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده في الشهادة على عتق الامة فينبغي أن تقبل على عتق احدى أمتيه والواقع أنها لا تقبل عنده أجاب بأنه انما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الامة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا (فشابه الطلاق) وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى بذلك فكذا هذا (والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه) فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين فان قيل لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الامة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الامة المجوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الاولين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فان وطء الاخت من الرضاع المملوكة ليس زنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فأثبت تحريما مؤجلا بانقضاء العدة وأما الامة المجوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده وما قيل ان وطأها مملوكة وانما منع منه خبثها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك الوطء فيه ما فيه (قوله وهذا كله اذا شهدا بعتق أحد العبدين في صحته أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا

(قوله والجواب ان لازم عتقها الخ) أقول فيه أن الكبيرة هو الزنا وليس ذلك لازم العتق ففي عبارته تسامح (قال المصنف وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل الخ) أقول قال ابن الهمام والمريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى أن يموت فيقضي بها ولا يحتاج الى اعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعي اه وانما قيد به ليتعين المدعي في حياته فافهم (قال المصنف لان التدبير حيثما وقع وقع وصية) أقول قال صدر الشريعة الدليل الاول مشكل لان المتنازع فيه ما اذا أنكر المولى تدبيرا أحد عبديه أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان اثباته فكيف يقال ان المدعي هو المولى أو نائبه والدليل الثاني يوجب أن الشهادة بعتق أحد عبديه بغير وصية ان أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت اه ويمكن أن يجاب عنه بأن المولى وان كان منكرا صورة الا أنه نزل مدعيا معنى لان نفع العتق يعود اليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث فنزل الوارث أو الوصي مدعيا للعتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وبأن في هذه المسئلة روايتين نظرا الى جهتين جهة الشيوع وجهة أنه ليس بوصية فباعتبار أنه ليس بوصية لا تقبل الشهادة وباعتبار الشيوع تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة هذا ما لاح لي في ذلك المقام وقال ابن الهمام ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة الا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه يعني الوصي ان كان الورثة منكرين أو الورثة ان كان الوصي منكرا فقيل فيشكل

ولوشهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحد كما حر فقد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع هو الصحيح والله أعلم

على تدبيره فى صحته أو فى مرضه) لتكون شهادتهما بعتق هو وصية وهو المستثنى فى أول المسئلة وقدمنا أن التدبير حيثما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو فى حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية فى مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحسانا لان عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى واذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصى لان تنفيذ الوصية من حقوق الموصى فهو الخصم المدعى فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصى أو الوارث بخلاف حالة الحياة فان الخصم فى اثبات العتق ليس هو السيد لانكاره بل هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت فى العتق لو لم يكن الموصى كان كلا من العبدين وهما معينان وفى حالة الحياة لا تصح خصومتهما لانه لم يعتق منهما شئ والمعتق المبهم بخلاف ما اذا مات المولى قبل البيان فان العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة الا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصى أو وارثه يعنى الوصى ان كان الورثة منكرين أو الورثة ان كان الوصى منكرا فقيل فيشكل ما لو كان كل من الوصى والوارث منكرا اذ لا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا وأيضا قوله وأديا الشهادة فى مرض موته الخ يفيد أنها تقبل فى حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لان المدعى العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أعنى المبهم والحاصل أن انزاله مدعيا لا يكون الا بعد موته وأما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج الى الشهادة وردت لعدم المدعى ولا مخلص الا بتقييده بما اذا كان المريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى أن يموت فيقضى بها ولا يحتاج الى اعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعى (قوله ولو شهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحد كما حر) لا رواية فيه عن أبى حنيفة واختلف المشايخ فى تفريعها على قوله (فقيل لا تقبل لانه ليس بوصية) لاسنادهما العتق المنجز الى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعيا تقديرا (وقيل تقبل) لان العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا وصحح فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير قبولها قال لجواز أن يكون الحكم معلولا بعلتين فيتعدى باحداهما وتبعه صاحب الكافى وقال هو الاصح ولقائل أن يقول شيوع العتق الذى هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله أحد كما حر ولا مثبت له الا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو أثبتت الشهادة بصحة خصومتهما وهى متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا لزم الدور واذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثانى من وجهى الاستحسان فى المسئلة التى قبل هذه ﴿فروع﴾ شهدا أنه حرر أمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه وسماها فنسياها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر فى هذه لانها كشهادتهما على عتق احدى أمتيه وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان معينا لما أوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما أن القاضى يقضى بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف ما لو شهدوا ببيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد

منهما

(ولو شهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحد كما حر) قال الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم (لا تقبل لانه ليس بوصية) حتى يكون الخصم هو الموصى وهو معلوم وقال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضى قبول الشهادة والله أعلم

ما لو كان كل من الوارث والوصى منكرا اذ لا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفا ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا اهـ

منهما في قول أبي حنيفة لانه لابد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تحقق هنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية

﴿وهذا فصل في الشهادة على العتق﴾ اذا ادعى العبد العتق وأقام شاهدا لا يحال بينه وبين المولى وفي الامة اذا قالت شاهدي الآخر حاضر يحال ولو أقام العبد شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في أمر الشهود لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذ فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا أقام شاهدا واحدا * شهدا بعتق عبده واختلفا في الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أقر أنه أعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلاف الشهادة فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لان الهبة تمليك والاعتاق احداث القوة أو ازالة الملك كذا في المبسوط فيحمل ما ذكر قبله من أن اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مؤدى اللفظين واحدا وضعا ولا يخفى أن التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف لفظا من أن العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضي أنهما اذا اختلفا في أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل ولو اختلفا في الشرط الذي علق به العتق فأحدهما جعله كلام زيد والآخر الدخول مثلا لم يجز اذ لا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين ولو اتفقا على أنه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فأيهما فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد أحدهما أنه أعتقه بجعل والآخر بغير جعل لم تجز لان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالين أو أكثرهما ولو كان المولى يدعي أقل المالين والعبد ينكر عتق لاقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لا كذابه أحد شاهديه وهو الذي يشهد له بالاكثر وان ادعى العتق بألف درهم وخمسمائة وأحدهما يشهد بألف والآخر بألف وخمسمائة قضى عليه بألف لان الشهادة لا تقوم هنا على العتق لان العبد عتق باقرار المولى وانما تقوم على المال ومن ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له شاهد بألف والآخر بألف وخمسمائة يقضي بألف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى بخلاف الالف والالفين كما سيأتي في الشهادات ان شاء الله تعالى ولو شهد أنه أعتقه ان كلم زيدا والآخر ان دخل فأيهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة ولو تعارضت بينتا العبد والمولى في مقدار ما أعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال ان أديت الى ألفا فأنت حر وأنه أداها وأقام المولى أنه انما قال اذا أديت الى ألفين الخ فالعبد حر ولا شيء عليه لانه أثبت ببينته تنجز الحرية فيه ولو أقام العبد بينة أنه باعه نفسه بألف وأقام المولى أنه باعه نفسه بألفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى قال في الاصل ولو باعه نفسه بألف فأداها من مال المولى كان حرا وللمولى أن يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا بأداء المال وانما يتحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدى مسروقا أو مغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى وان كان مستحقا عليه فيقع عن الوجه المستحق في الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله وان رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان في ابطال الحكم ولا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمة ما أتلفا من ماليته على المولى اذ قد اعترفا بالرجوع أنهما أتلفا ماليته على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى كان أعتقه ان شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق وان شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم ثم رجعوا بما ضمنوا عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

(ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه أسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان فى ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا

دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثانى حرية العبد من الوقت الذى شهدوا به وان لم يكن ثمة مدع لذلك ويتبين به أن الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيأ بشهادتهم وأنه أخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدع لما شهد به الفريق الثانى فان العبد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعى العتق والله أعلم

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

الحلف بالكسر مصدر حلف سماعى وله مصدر آخر أعنى حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق

على حلفة لا أشتم الدهر مسلما * ولا خارج من فىّ زور كلام

وقال امرؤ القيس

حلفت لها بالله حلفة فاجر * لناموا فما ان من حديث ولا صال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق قاصرا فى السببية عن المنجز قدمه عليه ولما جرى المصنف على أن يولى التصرف الذى يصح تعليقه الحلف به كما فعل فى الطلاق ولم يضم الكل الى كتاب الايمان ليكون أضبط لاحكام التصرف الواحد حيث يجتمع فى بابه ولا تتفرق أحكامه فى الابواب أولى العتق الحلف به واعلم أن بعض من لا يجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجازه فى العتق روى ذلك عن أحمد للفرق بأن الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق وعندنا الصحيح مطرد فيهما (قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ فهو حر ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) أى ذلك المملوك الذى اشتراه ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا أن يكون اضافة الى الملك قرره ليرده اليه بقوله لان التنوين فى يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها لفظ اذ تقديره اذ دخلت ولفظ يوم ظرف لمملوك فكان التقدير كل من يكون فى ملكى يوم الدخول حر وهذا فى الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول والمملوك لا يكون الا بملك فصار كأنه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول معنى بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فأنت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى ملكه لا صريحا ولا معنى وعدول المصنف الى لفظ وقت عن لفظ يوم فى قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما فى ملكه لانه أضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان فى اللفظ انما أضيف الى لفظ اذ المضافة للدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ والا كان المراد يوم وقت الدخول وهو وان كان يمكن على معنى يوم الوقت الذى فيه الدخول تقييدا لليوم به لكن اذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا فى الاستعمال الفصيح كنحو ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ولا يلاحظ فيه شئ من ذلك فانه لا يلاحظ فى هذه الآية وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون وله نظائر كثيرة فى كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ اذ لم يذكر الا تكثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة أو عماد اله أعنى التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير فى أقوال أهل العربية فى بعض الالفاظ لا تخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان فى ملكه عبد حين حلف فبقى فى ملكه حتى دخل عتق لما قلنا وفى بعض النسخ

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزء الشرط ولما كان المعلق قاصرا فى السببية أخر التعليق عن التنجيز قوله (ومن قال اذا دخلت الدار) ظاهر واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق ما اشتراه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما أضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك أجيب بأنه وجدت الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لى يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخولى الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم توجد الاضافة فيها لا صريحا ولا دلالة وقوله (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

(قوله واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق الخ) أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة

قال (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق) لان قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقى على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) وهذا اذا ولدت لستة أشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجوده أقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال العبد الضعيف وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها

لما بينا أى من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم (قوله ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ) بل قال اذا دخلت فكل مملوك لى حر لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم بل الذى كان في ملكه وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله لان قوله كل مملوك لى يختص بالحال والجزاء حرية المملوك في الحال يتعلق في الحال بمملوك أى المملوك في الحال حريته هي الجزاء فلما دخل الشرط عليه تأخرت الى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لى حالا أن المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم عن نسب اليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه واللام للاختصاص أى لاختصاص من جرت معنى متعلقها اليه به أى بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهى أثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه بأثرها في الحال والا ثبت الاثر بلا مؤثر هذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لى حر العبيد ولو مرهونين أو مأذونين أو مؤجرين والاماء ولو كن حوامل أو أمهات أولاد والمدبرون وأولادهم ولا يدخل المكاتب خلافا لزفر لانه مملوك من وجه اذ هو حر يدا ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع أن طائفة من الاصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك ولا الجنين الا أن يعنيهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول أبى يوسف الا أن ينويهم وسواء كان على العبد التاجر دين أو لا وفي قول محمد يعتقون نواهم أو لا عليه دين أو لا وعلى قول أبى حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال عنيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سيملكه اذا ملكه لانه قصد تغيير ما دل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل ولا يخفى أن التعليل يرشد الى أن عتق ما هو في ملكه مع هذه النية انما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مماليكى كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لى ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفي الوجهين تخصيص العام فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكى لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لى فان الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص (قوله ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) سواء ولدته لستة أشهر من وقت القول أو أقل أما اذا ولدته لستة أشهر فلان اللفظ أى لفظ كل مملوك لى للحال على ما بينا من وجهه وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجوده تمام مدة الحمل بعده لجاز أن لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم يقل لا يعتق بالشك لانه لا شك لان الظاهر أن مدة الحمل لا تكون الا أكثر من ستة أشهر وأما اذا ولدته لاقل من ستة أشهر فلان التيقن لوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما ينصرف الى المملوك بالاصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا للامه كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى

وقوله (لان قوله كل مملوك لى للحال) قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بمملوك له في الحال اذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء وقوله (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر) ظاهر ومعناه أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل على ما ذكر في الكتاب وقوله (وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل) فيدخل الحمل تبعا بناء على أن هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وأمهات الأولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء

(قوله كل مملوك لى يومئذ الى قوله فهو حر) أقول قالوا المبتدأ اذا تضمن معنى الشرط يدخل في خبره الفاء نحو كل رجل يأتيني فله درهم فههنا كذلك فتأمل (قوله قيل لان اللام للاختصاص) أقول صاحب القيل تاج الشريعة وفي كلامه تأمل

(وان قال كل مملوك لى أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لا الذى اشتراه بعده وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فان أملكه للحال وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود وقوله لان قوله أملكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبران ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهى أنه مشترك بين الحال والمستقبل وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لانسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لايدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك فى كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح أحدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد هنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم وأقول قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح لان المشترك لايستعمل فى أحد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة فى الاستقبال مجاز فى الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول مايشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر فالذى كان عنده مدبر) مطلق (والآخر ليس بمدبر) مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه (وان مات عتقا من الثلث) مشتركين فيه بيعه

(وان قال كل مملوك أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لان قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول مايشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذى كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث)

بغذائها كما يتغذى العضو به ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا للحامل والدليل على أنه لم يعتبر فى الشرع نفسا مملوكة أنه لا يجزئ عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره قال المصنف رحمه الله وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الانثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعا وهذا بناء على ان لفظة مملوك اما الذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث وأما ان الاستعمال استمر فيه على الأعمية فوجب اعتباره كذلك (قوله وان قال كل مملوك أملكه حر بعد غد) يعنى أن بعد غد ظرف لحر لا لأملكه (أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك واحد) فى الصورتين (فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى كان فى ملكه يوم حلف) دون المشترى ولفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل لجاء لا ظرف ووجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال وكذا لفظ أملك للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة وفى الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كاسناده الى متوقع واقتضائه طلبا على ماعرف فى النحو وهذا أحد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى فى المحيط حيث قال أملك وان كان حقيقة فى الاستقبال الا أنه صار للحال شرعا كما فى الشهادة وعرفا يقال أملك كذا درهما فكان كالحقيقة فى الحال والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال وهو الذى أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا أن مذهب النحاة ليس الا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بأن قول المصنف انه للحال لايدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك حقيقة فى المعنيين اهـ فترك النظر الى قول المصنف ولذا يستعمل له بغير قرينة وفى الاستقبال بقرينة وهذا صريح فى أنه فى الاستقبال مجاز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ماذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلاثة وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كابى على الفارسى وغيره واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لايراد الاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال وأما اختيار عكسه كما فى المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبى حنيفة فكان ينبغى أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ماوجه به أن تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة أى المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو أسافر وأتزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهى المشاهدة واذا ثبت أنه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال (قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذى كان عنده مدبر) مطلق لايصح

(قوله وقال بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى

(وقال أبو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه) لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه وهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مرادا على أصلنا (ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء) أما أنه إيجاب عتق فبقوله كل مملوك أملكه أو لي فهو حر وأما أنه إيصاء فبقوله بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث وإذا كان كذلك (ففي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة) أي المتربصة (والحالة الراهنة) أي الحاضرة سميت بالراهنة لأن الرهن هو الحبس والمرتهن محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها كذا في الشروح ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن ولد بعدها إذا عاش إلى وقت موت الموصي والإيجاب إنما يصح مضافا إلى الملك أو إلى سببه فهذا الكلام من حيث إنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الإيجاب مضافا إلى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث إنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذي كان في ملكه لأنه لم يتناوله الكلام حالة التملك لا من حيث الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه ولا من حيث الإيصاء لأنه يكون عند الموت فكان حال التملك استقبالا محضا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا حال التملك وإنما هو عند الموت إذا كان موجودا في ملكه يصير كأنه قال كل مملوك لي أو أملكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحال المتربصة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك أملكه أو لي حر بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه فافترقا وعلى هذا

وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها

بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث إن خرجا منه عتق جميع كل منهما وإن ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن أبي يوسف في النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وإنما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر وهذا لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من أن المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان في جواب المسئلة فأوجب المروي عن أبي يوسف وأيضا لو لم يرد به الحال فقط فإما أن يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم إما تعميم المشترك أو استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما إذ الملك في الحال والمستحدث عند ملكه لأنه حينئذ في المعنى كل مملوك لي أو سأملكه مدبر وكذا إذا أريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب إليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم أو ملكه إلى غد خلافا لأبي يوسف فإن على قوله لا يتناول إلا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف أو يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك أملكه إلى سنة أو شهر أو إلى أن أموت أو أبدا لزم أن لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الأقسام فتعين الأول وهو أن يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرنا وعرف من هذا أن صور التراكيب ثلاثة أقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك أملكه إلى سنة ونحوه وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك أملكه غدا ففي قول محمد رحمه الله يعتق في الغد من كان في ملكه والمستحدث خلافا لأبي يوسف وقول محمد أقيس بمسئلته يومئذ بقليل تأمل (قوله ولهما أن هذا) أي مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما في بعض الشروح (إيجاب عتق وإيصاء) لأن حاصل التدبير إيجاب للعتق مضافا إلى ما بعد الموت وهذا هو الإيصاء به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الإيجاب والإيصاء اللذين هما معنى التدبير ومقتضى إيجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف إلى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة أي الحابسة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة أيضا للاتفاق على أنه لو أوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو أوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به

(قوله ليصير الإيجاب مضافا إلى الملك الخ) أقول فيه تأمل

قوله (والايجاب انما يصح مضافا الى الملك) معطوف على قوله وفي الوصايا معنى لا أن يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين قال وهو أن يقال ينبغي أن لا يتناول الايجاب المشترى أصلا لا في الحال ولا في المآل لان التناول انما يكون مضافا الى الملك أو الى سببه وليس أحدهما في حقه بموجود فأجاب بأن تناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الحالي وقوله (ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال) اشارة الى جواب أبي يوسف ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق في الحال أو كونه ايصاء فقط ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت وأما ما بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان أسهل تأتيا وأسلم من الاعتراض والله أعلم

(قوله ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين الخ) أقول المراد هو الجمع بينهما في لفظ أملكه أو مملوك لي بجهتين مختلفتين على ما هو مذهب العراقيين (قوله فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت الخ) أقول يبقى الكلام في دخولهما تحته فان أملكه للحال وكذا مملوك لي فان قيل يدخل الملك المستحدث بأن يراد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت قلنا فحينئذ يكون كل منهما مدبرا مطلقا على ما صرحوا وهو منتف

والايجاب انما يصح مضافا الى الملك أو الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال عند الموت كل عبد لي حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد أملكه غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا الا ينفي استعمال اللفظ في معنييه أعني لفظ أملك وهو ممنوع عندنا أورده المصنف وأجاب بأن الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو أمكن أن يقال ان لفظه أوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا وانما يحتاج اليه عند موته فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريحة لانها لم تتناول الا الحال ولا المقدرة لتأخر تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا لا مطلقا ولا مقيدا كان دافعا للاشكال

﴿فروع من تعليق العتق﴾ قال لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا أن يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا أن يكون المشتري تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه أن يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله ولو قال لعبده ان دخلت فأنت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فأنت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبينا مثله في الطلاق ولو دخل احداهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فأنت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير أنه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كأنه قال عند الدخول الكائن في غير ملكه أنت حر اذا كلمت فلانا لان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فأنت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح

الا

الجعل بالضم ما جعل للانسان من شئ على شئ يفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما أخر هذا الباب لكون المال غير أصل في باب العتق (ومن أعتق عبده على مال) أي مال كان من عروض أو حيوان أو غيرهما (مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم) أو على أن لي عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفا أو على أن تجيئني بألف (فقبل العبد عتق) ساعة قبوله لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط أداء الالف كما لو قال ان أديت الى ألفا لانا نقول انها انما تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال بل لما قيل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال (وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه) فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوها أحدها أن العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملكه كان ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشئ لان المولى يملكه فكان ما بذله في مقابلة المال والثاني العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة الى نفسه لكونه مبقى على أصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالاعتاق أو ببيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح وهذا أيضا ليس بشئ لان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه فكان ما بذله في مقابلة مال عند المولى والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل به في يده شئ من المال غاية ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست

باب العتق على جعل

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه

الا في الملك أو مضافا اليه واذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق يتجزأ عند أبي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شئ لان المعلق النصف المباع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو حمار وقال أحدكما حر أو قال هذا أو هذا عتق عبده عند أبي حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا أن ينويه ومثله وأصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد أنه اذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال أحدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية بالجزم ولو قال هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لها كقوله هذا حر أولا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما فان جحد الأب جازت شهادتهما لانهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وان ادعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان شهادتهما يظهر ان صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح والله أعلم

باب العتق على جعل

أخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما أخر الخلع في الطلاق لان المال في هذين البابين من الاسقاط غير أصل بل الاصل عدمه فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل والجعل ما يجعل للانسان على شئ يفعله وكذا الجعيلة ويقال الجعالة ضبط جميعها بالكسر في الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للقتبي وديوان الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان (قوله ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن لي عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفا أو على أن تجيئني بألف أو بعتك نفسك بألف أو وهبتكها على أن تعوضني ألفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء

باب العتق على جعل

(قوله لانه مال فلا يملك المال) أقول هذا لا يدل على المقصود اذ المدعى انه لا يملك نفسه بعد أداء البدل (قوله وهذا أيضا ليس بشئ) أقول قوله ليس بشئ ليس بشئ فان المراد أنه لم يحصل في يده شئ من المال على ما هو الشأن في معاوضة المال بالمال وكونه مالا بالنسبة الى مولاه لا يفيد ذلك (قوله والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا) أقول ضمير لكونه راجع الى العقد

بمال لامحالة فكان مابذله فى مقابلة ماليس بمال بل ماهو قوة شرعية وهذا أقرب منهما واذا ثبت أنه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما فى البيع فاذا قبل صار حرا وان رد أو أعرض عن المجلس بالقيام أو بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ما شرط دينا عليه حتى تصح الكفالة به لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لانه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق فكان ثبوته على خلاف القياس اذ القياس ينفى أن يستوجب

ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما فى البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة

بعوض وبلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض فى الحال كما فى البيع وكما اذا ملكها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه فى العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان فى ملكه حكما للمعاوضات وصار كالبيع فيشترط القبول فى مجلسه ذلك ان كان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده أو أعرض اما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده واذا صار دينا على حر صحت الكفالة به وعليه ما ذكر فى الاصل أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيأ فليس على المولود من ذلك المال شئ لانه ليس على الوارث من دين المورث شئ ولو كانت أعطته فى حال حياتها كفيلا بالمال الذى أعتقها عليه جاز لانها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافى لثبوته بالشرع لضرورة حصول المعتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل والمنافى هو الرق فانه ينفى أن يكون للمولى على مرقوقه دين ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه الا بالاداء أو بالابراء عن له وبدل الكتابة يسقط بدونهما بأن يعجز نفسه وكما تصح الكفالة به جاز أن يستبدل به ما شاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه فى المجلس فيجوز أن يستبدل به كالاثمان ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام (قوله واطلاق لفظ المال) أى فى قوله على مال ينتظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وان لم يقل جيدة أو صعيدية وكفرس أو حمار أو عبد لان الجهالة يسيرة فتتحمل لانه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح وعلل المصنف كونه معاوضة مال بما ليس بمال بأن العبد لا علك نفسه يعنى الحاصل له فى مقابلة المال ليس مالا الا أن نفسه بالنسبة اليه ليس مالا لانه مبقى على أصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والدين وان تأخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد وفيها يغتفر ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط فى تسمية الحيوان والثوب بعد تسمية جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما فى المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ولو لم يسم الجنس بان قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو أدى اليه العبد أو العرض فاستحق ان كان بغير عينه فى العقد فعلى العبد مثله وقد علمت أن القيمة فى مثله مخلص وان كان معينا بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أو بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان الحكم أنه لو اشترى

المولى الدين على عبده فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد الى الكفالة وقوله (واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد) يعنى فى قوله ومن أعتق عبده على مال وقوله (فشابه النكاح) يعنى اذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان دينا فى الذمة هنا كما جاز ذلك فى تلك العقود (وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس) كما اذا أعتقه على مائة قفيز حنطة (ولا يضره جهالة الوصف) بأن لم يقل انها جيدة أو رديئة ربيعية أو خريفية فان جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة

قال المصنف (واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه الخ) أقول قال تاج الشريعة يريد به النوع بأن قال فرس أو حمار انتهى يعنى يريد المصنف بقوله والحيوان النوع بان قال الخ لكن بقى ههنا بحث يظهر وجهه من كلام ابن الهمام فى شرحه حيث قال ويلزمه الوسط من تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما هو المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه انتهى وأنت خبير بأن جواب هذا البحث يظهر من التأمل فى كلام المصنف ألا ترى الى قوله اذا كان معلوم الجنس شيأ

قال (ولوعلق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول ان أديت الى ألف درهم فأنت حر ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتبا لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على مانبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه فى الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدى فكان اذنا له دلالة (وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفى سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لايجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لايتوقف على قبول العبد ولايحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط

شيأ بعبد الغير صح البيع فكذا هنا الا أن فى البيع اذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لايفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا فى المال جنسه أو مقداره بأن قال المولى أعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة أو على ألف وقال العبد على مائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول فى بيانه قوله والبينة بينة المولى اما لاثبات الزيادة أو لانه يثبت حق نفسه ببينته ولو كان هذا الاختلاف فى مسئلة التعليق بالاداء وهى التى تلى هذه المسئلة أعنى قوله ان أديت الى ألفا فأنت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله فى بيانه بخلاف ماقبلها فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما فى الدين الواجب عليه أما ههنا فلا يعتق الا بالاداء وانما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى فان أقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ لامنافاة بين البينتين لانه يجعل كان الامرين كانا فأى الشرطين أتى به العبد يعتق ولان البينتين للالزام وفى بينة العبد معنى الالزام أتم فانها اذا قبلت عتق العبد باداء خمسمائة وليس فى بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لايلزم العبد أداء المال هكذا فاعرف هاتين المسئلتين ولو قال المولى أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه أقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعى وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال قلت لك أمس أنت حر ان شئت ولم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشترى لان القائل أقر بالبيع ولا يتحقق البيع الا بقبول المشترى فهو فى قوله لم تقبل راجع عما أقر به (قوله ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول ان أديت الى ألفا فأنت حر ومعنى صح قوله أى التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتبا لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على مانبين فى خلافية زفر والكتابة ليست صريحا فى التعليق بل صريحة فى عقد المعاوضة وصار العبد مأذونا ضرورة الحكم الشرعى بصحة هذا التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضى أن يتمكن شرعا من الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذونا لانه الموضوع للاكتساب فى العادة وخصوصا عادة المحققين بصفة أنهم موالى العبيد هو التجارة لا التكدى لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط (قوله وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفى سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها أن ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بأن يكون بحيث لو مد يده أخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم أن يحكم بأنه قبض هذا إذا كان العوض

(ولوعلق عتقه بأداء المال صح) لان هذه الصيغة أعنى قوله ان أديت الى ألف درهم فأنت حر صيغة التعليق فيتعلق عتقه بأداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لايحتاج فيه الى قبول العبد ولايرتد برده وللمولى أن يبيعه قبل الاداء كما فى التعليق بسائر الشروط وقوله (من غير أن يصير مكاتبا) يعنى لاتثبت أحكام المكاتبين حتى لومات وترك وفاء فالمال لمولاه ولايؤدى عنه ولومات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع مافى يده من أكسابه ولو كانت أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها ولو حط المال أو أبرأه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ماذكر فى الجميع وقوله (ومراده التجارة) يعنى من الترغيب فى الاكتساب لانها هى المشروعة عند الاختيار (دون التكدى) لانه يدنئ المرء ويخسه وقوله (وفى سائر الحقوق) يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما أشبهها وقوله (أنه) يعنى المولى (ينزل قابضا بالتخلية) برفع المانع سواء قبض أو لم يقبض وليس المراد بالاجبار ماهو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب أو الحبس وقوله (اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا) احتراز عن الكتابة فانها ليست بتعليق لفظى فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظى لعدم ألفاظ الشرط فيه وقوله (ولهذا لايتوقف على قبول العبد) توضيح لكونه تصرف يمين وقوله (ولا جبر على مباشرة شروط الايمان) متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله (لانه لا استحقاق) تقريره لا جبر الا باستحقاق ولا استحقاق (قبل وجود الشرط) ولهذا يمكنه البيع قبل الاداء

وقوله (بخلاف الكتابة) متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله (لانه) أى لان عقد الكتابة (معاوضة والبدل فيها واجب) فكان الجبر بعد الاستحقاق (ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ) كما ذكرنا (ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ) بان يقول ان أديت الى ألفا فأنت طالق (حتى) لو طلقها بهذه الصفة (كان بائنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد) فانه ما تحمل المشقة فى اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة أصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك للمولى لانه قبل الاداء عبد وهو وما فى يده لمولاه أجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذى بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو أن يصير العبد أحق بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء

بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول

صحيحا أما لو كان خمرا أو مجهولا جهالة فاحشة كما لو كان قال له ان أديت الى كذا خمرا أو ثوبا فأنت حر فأدى ذلك لا يجبر على قبولهما أى لا ينزل قابضا الا ان أخذه مختارا وأما عدم العتق فى قوله ان أديت الى ألفا فحججت بها فأنت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة ولذا ان كان قال ان أديت الى ألفا أحج بها يجبر على القبول لان الاداء اتمام الشرط والحج وقع مشورة وقال زفر لا يجبر على القبول أى لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان أخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على أن يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيأ بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا أتى به أما ههنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم أن الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط اذا حف بما يقتضيها كقوله ان أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره فى الدراية مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة فى مبسوط شمس الأئمة وذكر أن هذا هو المذكور فى نسخ أبى سليمان وفى نسخ أبى حفص لا يكون مكاتبا وله بيعه لانه تعليق بشروط وهو أن يؤدى المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية أبى سليمان أنه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعانى لا للالفاظ واستشهد لابى حفص بما لو قال ان أديت الى ألفا فى هذا الشهر فلم يؤده فيه وأداه فى غيره لا يعتق اتفاقا وأجيب بأنه ليس فى هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التأمل (قوله ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على

وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب مالا قبل الكتابة فانه يصير أحق بذلك المال حتى لو أدى ذلك عتق كذا فى النهاية وغيره منسوبا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين أحدهما أن ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من اثباته والثانى أن حصول شرط صحة الشئ عبارة لا يقتضى صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب فى الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها وهى معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة

(قوله لأن البدل والمبدل الخ) أقول فيه أن المبدل هو ثبوت القوة الحكمية كما سبق وليس ذلك ملك المولى ولا تمس الحاجة فى تتميم السؤال الى كون المبدل فى ملكه بل يكفى حصوله بسببه ومن جهته فليتأمل (قوله ملك للمولى) أقول يعنى رقبة وتصرفا (قوله وفيه نظر من وجهين الى قوله فلا بد من اثباته) أقول يكفى فى دفع اثباته ما ذكر المصنف ولم يتم ما عورض به لتوجه المنع الى قوله كلاهما عند الاداء ملك المولى وسنده أنه يجوز أن يكون ملك العبد سابقا على الاداء بطريق الاقتضاء فيندفع النظر الثانى أيضا فان مراد المجيب أنه يجوز أن تحصل الصحة مع شرطها كما لا يخفى فليتأمل (قوله ولعل الصواب فى الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها) أقول كيف يكون قائما فيها وليس للمولى ولاية التصرف فى ماله و يجوز اشتراء شخص ماله بماله لاستفادة ولاية التصرف فيه صرح به فى المرابحة والتولية وغيرهما وفى التعليق ليس كذلك (قوله فلان يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى) أقول فيه بحث اذ لا كلام لاحد فى صحة العتق على مال وانما النزاع فى الاجبار على القبض ووجود معنى التعليق فيه يمنع من الاجبار ولا يفيد الاولوية بالطريق فالمآل الى ما نقل عن شيخ الاسلام كما لا يخفى على أولى الافهام (قوله فلا بد من اثباته) أقول يكفى فى اثباته ما ذكره المصنف

دفع المال فينال العبد شرف الحرية) من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهو معنى المعاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلابد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان أديت الي ألفا فأنت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تأخر هذا الاعتبار الى وقت أدائه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا الان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد أجيب بأن هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا يتم ان أريد بالمبدل العتق أما ان أريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حوّل تقرير الاشكال الى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بادائه وان أنزل مكاتبا كما أن المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيفما قرر فأما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا تضرر السيد اذ يمتنع بيعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه أداء مال وتسري الحرية الى المولود للامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف ما لو كان عبدا الان رق الولد وحريته تابعة لامه والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه أي على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقا وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة الا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها الا ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المؤدى زيوفا فان له أن يرجع بقدره جيادا وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وانزاله قابضا اذا أتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره بالنسبة الى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة الاولى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه مائة وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكروها والظاهر أنه لا موقع لها اذ الفرق بعد تحقق الابراء في الموضعين يكون والابراء لا يتصور في هذه المسئلة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو رد عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند أبي يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله ويعد قابضا ووجه قول محمد أن وجوب القبول وانزاله قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير أنه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف في الايمان بالطلاق وقول أبي يوسف عندي أوجه لان الكتابة التي تبطل بالبيع هي القائمة عنده وأنت علمت أن انزاله مكاتبا انما هو في الانتهاء وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس الا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعا فتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها ومنها وجوب القبول اذا أتى بالمال السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظة ان فان كان لفظة متى أو اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدي بخلاف المكاتب التاسعة أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة أنه اذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه

(قوله ويعتق) لعل صوابه ولا يعتق لعدم وجود شرط العتق وهو الاداء للمولى كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي

وقوله (فعلى هذا) أى على العمل بالشبهين (يدور المعنى الفقهى وتخرج المسائل) المتعارضة يعنى أن قوله ان أديت الى ألف درهم فأنت حر ألحق فى بعض الاحكام بمحض التعليق وهى ماذكرنا من مسائل القياس من عدم تمكنه من البيع وغيره وألحق فى بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود عملنا بالشبهين شبه التعليق فى حالة الابتداء وشبه المعاوضة فى حالة الانتهاء كما فى الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم تجز فى المشاع واشترط القبض فى المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة فى العقار ويرد بالعيب ولو أدى البعض يجبر على القبول لان الذى أتى به بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار على

قبول الكل ثبت فى البعض كما فى الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل هو استحسان وماذكر فى مبسوط شيخ الاسلام انه لايجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث انه عتق بما أداه الى المولى وانما يعتق باداء الجميع فما لم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس الا أنه باداء البعض لايعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وأدى البعض الباقى لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف الكتابة لان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو البعض ولو أدى ألفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلها فلان الالف التى أداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بادائه لان مقصوده أن يحثه على الاكتساب او ليؤدى من كسبه فيملك المولى مالم يكن فى ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك وأما أنه عتق فلوجود شرط الحنث لما أن كون الالف مستحقة لايمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان وأداه (ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس) وهذا ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه لايقتصر عليه كما فى التعليق بسائر الشروط وجه الظاهر ماذكره بقوله لانه تخيير العبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشيئة العبد اذا قال أنت حر ان شئت فان قيل قد تقدم أنه يصير مأذونا له فى التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس أجيب

فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو أدى البعض يجبر على القبول الا انه لايعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وأدى الباقى ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفى قوله اذا أديت لايقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى

كان للسيد فيأخذه بخلاف المكاتب الحادية عشرة لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فأداه بعده اليه عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ماسيذكر بخلاف الكتابة لايعتق بادائه لانه ملك المولى الا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فانه حينئذ يصير به أحق من سيده فاذا أدى منه عتق (قوله ولو أدى البعض يجبر على القبول الا أنه لايعتق) لان شرط العتق أداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وأدى الباقى فانه لايعتق كماذكرنا فى المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض مايجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ولا خفاء فى ورود منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به يتحقق شرط العتق الذى هو حق العبد وليس أداء البعض كذلك الا اذا كان فى ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار أنه محقق للكل لا باعتبار أنه بعضه فلذا كان فى هذه المسئلة خلاف وماذكره المصنف هو المذكور فى الايضاح وذكر شيخ الاسلام أنه لايجب قبوله كماذكرنا وذكر فى شرح الطحاوى أن عدم وجوب قبوله قول أبى يوسف وأنه القياس والاستحسان هو أن يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه وهو وجه الاستحسان أن وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن أداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه ومما تقدم يعلم أن السيد لو خطفه منه قبل أن يأتيه به جاز ولا يحتسب له به من أداء المشروط (قوله ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق يعتق و يرجع المولى عليه) بمثلها أما العتق فلوجود الشرط وهو أداء الالف حتى يعتق لو كانت ألفا مغصوبة الا انه لايجب عليه قبول المغصوبة وأما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها اضافة للمصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك مااكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق وهذا بوجبه النظر فى الغرض وهو أن يعتقه باداء ألف يحدث حصولها له فيملك مالم يكن مالكا له وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى (قوله ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس) فلو اختلف المجلس بأن قام العبد أو أعرض

(قوله وماذكر فى مبسوط شيخ الاسلام الى قوله هو القياس) أقول فوجه القياس تضمن الجواب عن وجه الاستحسان فيكون الاخذ به أولى ثم قوله وماذكر مبتدأ وخبره قوله هو القياس

(ومن قال لعبده أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا بألف درهم بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال الا أنه لايجب المال لقيام الرق

أو أخذ فى عمل آخر ثم أدى لايعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس فى كلامه مايدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتهما عليه لايتوقف فى أى وقت أدى عتق وعن أبى يوسف أن ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بأن ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء فى مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير فى أى وقت شاء و يجاب بأنه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى أن معنى كونه ضرورة الفعل أن تحقيق الفعل بدونه لايمكن فلا يثبت مدلولا أصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده أى وقت وجد لايقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب أن يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر فى حلفه لايلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء ﴿فرع﴾ قال ان أديتما الى ألفا فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق أداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام فى المعاوضات ولذا لو أدى أحدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط أداؤهما فلا يتم بأحدهما فان قال المؤدى خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى لأؤديها اليك عتقا لان أداء الرسول كأداء المرسل فتم الشرط وهو أداؤهما ولو أدى عنهما أجنبى لايعتقان لانه ليس أداءهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمؤدى أن يرجع على المولى لانه أدى ليعتقا ولم يحصل مقصوده فان قال أؤديها اليك على أنهما حران أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدى بالمال على السيد اما العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما وأما حق الرجوع فلان عوض العتق لايجب على الاجنبى ولو قال هما أمرانى أن أؤديها اليك فقبلها عتقا لانه رسول عنهما (قوله ومن قال أنت حر بعد موتى على ألف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا بألف) فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب فى عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر فى مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة تؤخر وجوده الى وجود المضاف اليه وهو هنا ما بعد الموت ولو أمكنت اضافة فى البيع ونحوه وجب فيه أيضا كون قبول البيع متأخرا الى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لانه ايجاب للتدبير فى الحال الا انه لايجب المال لقيام الرق فى المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا عتق بعد الموت لايلزمه شئ لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا لافائدة فى تعليقه بالقبول الا ليظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فأنت مدبر وصار كما اذا علق تدبيره بدخوله الدار وأورد أن قوله أنت مدبر على ألف هو معنى أنت حر بعد موتى على ألف فينبغى أن يشترط فى مسئلة الكتاب القبول فى الحال أجيب بان مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد حتى لايمكن من الرجوع وفى الايمان يعتبر اللفظ وليس فى قوله أنت مدبر على ألف اضافة لفظا ليكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفى النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر فى الحال فى أنت مدبر على ألف لانه قابل الألف فى التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت فى أنت حر بعد موتى على ألف لانه قابلها بحقيقة الحرية وحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول

(ومن قال لعبده أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى ما بعد الموت وكل ما هو كذلك يقتضى أن يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب (فصار كما اذا قال أنت حر غدا بألف درهم) لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى زمان والقبول متأخر اليه لئلا يقع قبل الايجاب (بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال) على ما يجىء فيكون القبول كذلك (الا أنه لايجب المال) مع قبوله (لقيام الرق) اذ التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف ما لو أعتقه على مال لانه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحر والمولى قد يستوجب مالا على معتقه فان قيل لما لم يجب المال فى المدبر على الالف ما الفائدة فى تعليق التدبير بالقبول أجيب بأنها بيان أنه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال

(قوله أجيب بأن الاذن الى قوله لايقتصر على المجلس) أقول الاقتصار على صورة اذا ومتى لايلائم ظاهر تقرير المصنف فانه وضع المسئلة فى ان حيث قال وذلك مثل أن يقول ان أديت الخ

بعد الموت ولا يخفى أن التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت فى كل من قوله أنت مدبر أو أنت حر بعد موتى بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق الحرية فرعا عن صحة تلك الاضافة التى هى التدبير لأن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق واعلم انه روى عن أبى حنيفة فى نوادر بشر ابن الوليد اذا قال أنت مدبر على ألف ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه فاذا مات المولى وهو فى ملكه وقال قبلت أداء الألف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان فى أن القبول بعد الموت وروى عن أبى يوسف فيها ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن أبى يوسف فى الاملاء اذا قال ان مت فأنت حر على ألف درهم القبول على حالة الحياة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين فى أن القبول حالة الحياة الا انه اختلف كلامه فيهما فى لزوم المال وذكر السرخسى عن ابن سماعة عن محمد لو قال أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر فى الجامع فى مسئلة أنت حر بعد موتى على ألف أن القبول بعد الموت فقد سوى بينهما فى هذه الرواية فى أن القبول بعد الموت كما سوى أبو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك وحينئذ فما قيل انهم أجمعوا انه لو قال أنت حر على ألف بعد موتى فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب أن يجعل قول أبى يوسف فى قوله اذا مت فأنت حر على ألف أن القبول فى حالة الحياة رواية فى أنت حر بعد موتى على ألف ان القبول فى حالة الحياة بل أولى لان هناك الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول فى الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى أن الاعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن أبى يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فأنت مدبر وهذا لان المولى ما رضى بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر فى ذلك ولا مانع شرعى منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب العتق كما فى المكاتب وان لم يستحق عليه بسبب غيره على أن المروى عن أبى يوسف ومحمد فى المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وحينئذ يكون حرا فالحاصل تأخر وجوب المال الى زمن حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق وأما وقوع العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة وزاد غيره أو الوصى أو القاضى ان امتنعوا الا أن الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصى لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فأنت حر فدخل لا يعتق واذا أعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولذا لو أعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بأن الميت ليس أهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعترض بأن الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت وأجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بأن هناك الموجود بطلان أهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة فى المحل وهو خروجه عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو فى ملك غيره ولا يخفى أن هذا ليس دافعا للسؤال وهو أن ما علل به من فوات أهلية المعلق لا أثر له وما ذكر من خروج المحل عن محلية عتقه ان أراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر فى عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد أنه علل بما لا أثر له فأجاب المجيب بابداء علة أخرى أو مانع وقال هذا جواب هذا السؤال والصواب فى الجواب أن المصنف حيث علل بأن الميت ليس أهلا للاعتاق لم يبين أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره ومبنى السؤال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده أنه ليس أهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار أجنبيا عنه وانما لزم خروجه

الى

وقوله (قالوا) يعني المشايخ (لا يعتق في مسئلة الكتاب) أي الجامع الصغير وهي قوله أنت حر بعد موتي على ألف درهم (وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث) أو الوصي أو القاضي (لان الميت ليس بأهل للاعتاق) في ذلك الوقت قال المصنف (وهذا) أي قولهم لانه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث (صحيح) بناء على أنه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وأهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو أنه ما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال أنت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل أنت مدبر على ألف درهم معناه أنت حر بعد موتي على ألف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي أن يكون الايجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول أيضا فيه أجيب بان هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله أنت مدبر على ألف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده وفي مسئلة الكتاب أضاف الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين) أي ومن قال لعبده أنت حر على أن تخدمني أربع سنين (فقبل العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد) وهو قول أبي حنيفة الاول (عليه قيمة خدمته أربع سنين

قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس بأهل للاعتاق وهذا صحيح قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين)

الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال أنت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما أورده شارح فقال ينبغي أن يعتق حكما الكلام صدر من الاهل في المحل وان كان الميت ليس أهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر في حال أهليته ثم استدل على ذلك بأن القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى أن بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط أن يكون في ملكه عند نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل أعتقه القاضي ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له ثم يقال اذا كان العتق لا بد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم أمرهم بالاعتاق ان كان بسبب انه لا سائبة فلو بقي في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من أن يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم به لان القبول لا يعتبر بعده بل بتقييده به وما تقدم من نوادر بشر من قول أبي حنيفة فاذا مات المولى وقد قبلت أداء الالف عتق ظاهر في عدم تأخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل به ذلك الشارح أيضا مع أن في المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتأخرين من قال ينبغي أن لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا أصح فانه يفيد بعد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله أنت حر المعلق أو المضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول أثره بعد موته الا أنه يبقى عليه اشكال هو لزوم أن يبقى على ملك الميت شهرا فيما اذا قال أنت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا أثر له فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسيأتي لبعضهم فرق في الباب بعده (قوله ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين مثلا) أو أقل أو أكثر (فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه) أي على العبد (قيمته عند أبي حنيفة في قوله الآخر وهو قول أبي يوسف وفي قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين) أما العتق فلانه جعل الخدمة وهي معلومة اذ هي خدمة البيت المعتادة في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبولها كما في غيره من المعاوضات لانه صلح عوضا لان المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع أنه تعالى أمر بابتغاء النكاح بالمال ثم اذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف في مسئلة أخرى وهي ما اذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل تسليمها رجع عليه بقيمة نفسه عندهما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فكذا عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وان ذكره في الكتاب ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس

(قوله أجيب بأن هذا يمين الخ) أقول التدبير ليس بيمين على ما سيجيء من المصنف الاشارة اليه ويفصله الشارح في الدرس الآتي

أما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق) وكل ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لانه الحكم في الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة أربع سنين لانه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلحت صداقا مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم (فصار كما اذا أعتقه على ألف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية أخرى وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما (٤٣٠) وبقيمة الجارية عنده وهي) أى مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية اذا استحقت (معروفة) في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك وجه قول محمد أن الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك هذا في المبنى ولقائل أن يقول هذا مناقض لما قال المصنف في أول الباب من أنه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب أن الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه لما ذكرنا وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح بأى مال كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية فانه اذا مات العبد ووقع العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على ما نذكره وأما المبنى عليه فوجه محمد أن هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد وقوله (وكذا بموت المولى) يعني أن موت المولى في هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على) لم يذكر في بعض النسخ على اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكر في بعضها للتأكيد والمسئلة ظاهرة المتكلم

أما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا أعتقه على ألف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر) لان من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز

بأولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائي ولم يقل أحد انه ترجع الورثة في موت المولى بعين الخدمة قيل لان الناس يتفاوتون في الاستخدام وقيل بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت لكن لان الخدمة منفعة وهي لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ اذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثليا وصار كما اذا تزوج على جارية أو خالع عليها أو صالح عن دم عمد ثم استحقت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا وجه قولهما أنها بدل ما هو مال وهو العبد وان كان لا يملك نفسه كما اذا اشترى عبدا أقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال بالنسبة الى السيد حيث أخذ مالا في مقابلة اخراجه مالا عن ملكه ثم هنا ملاحظة أخرى وهي اعتبار ما أخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفي الامر الثابت في نفس الامر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض فصار كما اذا باع عبدا بجارية ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لانه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد وعندهما بقيمة ثلاثة أرباع رقبته وعلى هذه النسبة قس وعلى هذا لو أعتق ذمي عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول فان أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا في المعاوضة أما لو كان قال ان خدمتني أربع سنين أو سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع ان كان الميت المولى وكذا لو أعطاه مالا عوضا عن خدمته أو أبرأه المولى منها أو بعضها على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتني وأولادي فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق (قوله ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على أن تزوجنيها) وفي بعض النسخ زيادة لفظ علي قبل على أن تزوجنيها وليس في عامة النسخ وهي أدل منه على ايجاب المال على

وقوله (وقدقررناه من قبل) يعنى فى الخلع فى مسئلة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة والفرق أن الأجنبى فى باب الطلاق كالمرأة فى عدم ثبوت شئ لهما بالطلاق إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لاغير فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الاجنبى بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال فى مقابلة ذلك وليس الاجنبى كالعبد حيث لا يثبت به له شئ أصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشترى فلا يجوز وقوله (ولو قال أعتق أمتك عنى بألف درهم والمسئلة بحالها) أى قال على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه (قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه) والوجه ماذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (على ماعرف) يعنى فى أصول الفقه وفيه شبهتان احداهما أن هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولانه ادخال صفقة النكاح فى صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثانية أن البيع اذا كان فاسدا ويجب فيه العوض تجب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فان البيع صحيح فى العبد بحصته من الثمن كما سيأتى وأجاب الامام شمس الائمة السرخسى عن الاولى بأن الامة تنتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض وأدنى القبض يكفى فى البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية بان البيع مندرج فى الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فى عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن وقوله (فلو زوجت نفسها منه) يعنى فى المسئلتين (لم يذكره محمد) فى الجامع الصغير وجوابه ان ما أصاب قيمتها سقط فى الوجه الاول وهو ما اذا لم يقل فيه عنى لعدم صحة الضمان وهى للمولى فى الوجه الذى قال فيه عنى وما أصاب مهر مثلها كان مهرا للامة فى الوجهين

وقدقررناه من قبل (ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه) لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ماعرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ماسلم له وهو الرقبة وبطل عنه مالم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط فى الوجه الاول وهى للمولى فى الوجه الثانى وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها فى الوجهين

المتكلم وان كان كذلك مع تركها أيضا فاذا عتق فاما أن تزوجه أولا ولا يلزمها تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تتزوجه لا يجب على الآمر شئ أصلا لان حاصل كلامه أمره المخاطب باعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليها عنها وعن مهرها فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها وأما حصة العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبى بخلاف الخلع لان الاجنبى فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك مالم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية وهى ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج والتزوج وغير ذلك من الشهادات والقضاء ولا يجب العوض الا على من حصل له المعوض وان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب قيمتها سقط منه وما أصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان مهرها ألفا وقيمتها ألفا سقط عنه خمسمائة ووجب خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقوله وقدقررناه من قبل يعنى ماذكر فى خلع الأب ابنته الصغيرة حيث قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح لكنه لم يذكر أن اشتراط بدل العتق على الاجنبى غير صحيح (قوله ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم) على أن تزوجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها ففعل أى أعتق قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها على مابيناه فما أصاب قيمتها أداه للمأمور وما أصاب المهر سقط عنه يعنى ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها وجب لها عليه وانما وجب للمأمور حصة قيمته هنا لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ماعرف فى الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره فى البيع بألف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر فى البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن أخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ماليس بمال الى ماهو مال فى صفقة واحدة ينبغى أن يفسد لانه ادخال صفقة فى صفقة واذا فسد وجب اماعدم

(قوله وقوله وقدقررناه من قبل الخ) أقول وقدسبق فى فصل ومن ملك ذا رحم محرم أنه حوالة غير رابحة فراجع الى الشرح ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى ماذكره فى الخلع والى ماذكره فى ذلك الفصل فانه بين صحة تحمل الاجنبى بدل الطلاق فى الخلع وعدم صحة تحمله بدل العتاق فى الفصل فتامل (قوله تصير قابضة نفسها الخ) أقول فاعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف

﴿ باب التدبير ﴾

(اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبرا) لان هذه الالفاظ صريح فى التدبير فانه اثبات العتق عن دبر

وقوع العتق لانه من جهة الآمر وهو لم يقبضها والمبيع فى البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمأمور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض فى البيع الفاسد وجبت كلها أجيب بأنه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا فى البيع ضمناله فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسد به ولا يخفى أنه يمكن ادعاؤه فى كل صفقة فى صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المصنف لم يذكره يعنى محمدا فى الجامع الصغير وقوله فى الوجه الاول يعنى الذى لم يذكر فيه لفظ عنى والوجه الثانى هو ما ذكر فيه وقوله فى الوجهين يعنى ما ذكر فيه عنى وما لم يذكر اذا زوجت نفسها وقد بيناه من قبل

﴿ باب التدبير ﴾

لما فرغ من بيان العتق الواقع فى حال الحياة شرع فى بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا أحسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما أن التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخرها الى ههنا ثم التدبير لغة النظر فى عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت فى المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا أو معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يدا ولا معنى فى التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب أن يقال ملكه متزلزل اذ لا شك فى أنه مالك شرعا لكنه بعرض أن يزول بتعجيزه نفسه وغاية الامر أن بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفى حقيقة الملك كملك الامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبى والمجنون وفى المبسوط فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد أو المكاتب اذا أعتقت فكل مملوك أملكه حر فعتق فملك عملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد أضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك أملكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبى حنيفة وقالا يعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو فى تدبير المالك أما الوكيل فلا فى المبسوط لو قال الصبى أو مجنون دبر عبدى ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره فى العتق والطلاق واذ قد انجر الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدى فدبره أحدهما جاز ولو جعل أمره فى التدبير اليهما بأن قال جعلت أمره اليكما فى تدبيره فدبره أحدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به أحدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء ألا ترى أن له أن ينهاهما قبل أن يدبراه فى هذا الفصل وليس له ذلك فى جعل الامر اليهما كذا فى المبسوط (**قوله اذا قال المولى لمملوكه** اذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك صار مدبرا) لان هذه الالفاظ صريح فى التدبير فانه أى التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فأفاد أن كل ما أفاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلاثة أقسام الاول ما يكون بلفظ اضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتى والثانى ما يكون بلفظ التعليق كان مت أو اذا مت أو متى مت أو حدث بى حدث أو حادث فأنت حر وتعورف الحدث والحادث فى الموت وكذا أنت حر مع موتى أو فى موتى فانه تعليق العتق بالموت بناء على أن مع وفى تستعار فى معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال أنت مدبر بعد موتى يصير مدبرا فى الحال لان المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان

﴿ باب التدبير ﴾

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع فى الحياة ظاهر المناسبة والتدبير فى اللغة هو النظر الى عاقبة الامر وفى الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بألفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك أو أنت مدبر أو دلالة كقوله اذا مت فأنت حر أو أنت حر مع موتى أو فى موتى وكقوله أوصيت لك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو بثلث مالى وحكم التدبير

﴿ باب التدبير ﴾

قال المصنف (لان هذه الالفاظ صريح) أقول يعنى غير الاول أو غلب الصريح على غيره

(ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية) كما فى الكتابة

أنه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما فى الكتابة فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه وسعى فى ثلثيه

هذا وأنت حر بعد موتى سواء وكذا أعتقتك أو حررتك بعد موتى والثالث ما يكون بلفظ الوصية كأوصيت لك برقبتك أو بنفسك أو بعتقك وكذا اذا قال أوصيت لك بثلث مالى فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفى الكافى أنت حر أو مدبر أو عتيق يوم يموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لانه قرن به ما لا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا لجواز أن يموت ليلا يعنى فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر وانما كانت صرائح لانها استعملت فى الشرع كذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أم الولد فهى معتقة عن دبر منه ذكره فى المبسوط ثم توورثت بلا شبهة فى هذا المعنى ولو قال أنت حر بعد موتى وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم أن يبيعوه وان مات فلان أولا يصير مدبرا مطلقا فليس له أن يبيعه خلافا لزفر لانه كما لو قال اذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى فكلمه أو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتى فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتى ان شئت ينوى فيه فان نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشيئة بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ أبو بكر الرازى يقول الصحيح أنه لا يعتق هنا الا باعتاق من الورثة أو الوصى بمثل ما تقدم فى الباب المتقدم من أنه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعده الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال أعتقوه بعد موتى ان شاء وهو نظير ما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة فى نوادره وكذا بيوم وفى الاسبيجابى اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصى فللوارث أن يعتقه تنجيزا أو تعليقا والوصى لا يملكه الا تنجيزا ولو أعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة والذى ينبغى أن يفصل فى التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله أو بمضى زمان طويل أو على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه أو يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضى لينجز عتقه ثم فى ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد فى مجلس موته أو علمه بموته كما يتقيد بهذا مشيئته فى حياته بمجلس التفويض اليه اذا كان بهذا اللفظ وعن أبى يوسف لا يتوقف به لأنه فى معنى الوصية ولا يشترط فى الوصية القبول فى المجلس وفى الاصل لو قال بعد موتى بيوم لم يكن مدبرا وله أن يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضى يوم بعده فان مات لم يعتق فى الوقت الذى سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر أبو بكر الرازى ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا أخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث فى ذلك الزمان عرفنا أن مراده الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه وأما فى مسئلة المشيئة فانها تتصل مشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتاق الوارث وهذا ان تم أشكل على ما تقدم فى مسئلة أنت حر بعد موتى بألف فان زمن القبول كزمن المشيئة فانه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته لا يقال ينبغى أن يجعل العبد فى هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت لحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع بأنه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الاول أسهل من رفعه ثم ادخاله فى ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب أن يبقى لحاجته ثم لا شك أن هذه المسئلة أقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم فى أنت حر بعد موتى بيوم عدم توقفه بل أولى لان مجىء اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهى من مواضع النص على أنه لا يعتق الا باعتاقهم (قوله ثم لا يجوز بيعه) أى المدبر المطلق وهو الذى علق

وقال الشافعي يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره

عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل أو بكتابة أو عتق على مال وما سواها من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز فيجوز استخدامه واجارته وأخذ أجرته وتزويج المدبرة ووطؤها وأخذ مهرها وأرش جنايتها وعلله المصنف فيما يأتي بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وانما لم يكن له أن يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى في جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه ما منع الا رقبة واحدة وأما ما استهلكه فدين في رقبته يسعى فيه وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت أجيب بأن الوصية بالنسبة الى المعدوم تعتبر يوم الموت و بالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو أوصى لولد فلان وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم بعينهم فبطل بموت أحدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد ثم مات أحدهم ثم مات الموصي كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت (قوله وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته) للنقول والمعنى أما المنقول فما في الصحيحين من حديث جابر أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم أرسل بثمنه اليه وفي لفظ أعتق رجل من الانصار غلاما له عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فأعطاه فقال اقض دينك وأنفق على عيالك والحديث جابر هذا ألفاظ كثيرة وروى أبو حنيفة بسنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفي موطا مالك بسنده الى عائشة أنها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو أخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخبروني عن امرأة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سألتها ماذا أردت قالت أردت أن تموتي حتى أعتق قالت فان لله علي أن تباعي من أشد العرب ملكة فباعتها وأمرت بثمنها فجعل في مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك أن الحر كان يباع في ابتداء الاسلام على ما روي أنه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحاب ما كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير زوال الرق عنه ثم رأينا أنه صح عن ابن عمر رضي الله عنهما لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطني رفعه وصحح وقفه وأخرج الدارقطني أيضا عن علي بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال المدبر من الثلث وضعف ابن ظبيان والحاصل أن وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لانه واقعة حال لا عموم لها وانما يعارضه لو قال صلى الله عليه وسلم يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر وعلى عدم تقليده يجب أن يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا أن بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم

(وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات) من دخول الدار ومجيء رأس الشهر وغيرهما (وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه بلا خلاف (ولان التدبير وصية) حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى برقبته لانسان (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث) رواه نافع عن ابن عمر (ولانه) أي التدبير (سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت) فلا بد له من سبب (ولا سبب غيره) ثم اما أن يكون سببا في الحال أو بعد الموت لا جائز أن يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تأخير السببية اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين أن يكون سببا في الحال واعترض على المصنف بأن هذا الكلام مناقض لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت

قال المصنف (وكما في المدبر المقيد) أقول سيجيء جوابه بعد اثني عشر سطرا تخمينا (قوله ثم اما أن يكون الخ) أقول غير ترتيب المصنف فقدم المؤخر وأخر المقدم

وأقول قوله (ثم جعله سببا فى الحال أولى) يدل على أن جعله سببا فى الحال وان كان المذهب عند أصحابنا ليس بمتعين فيحمل ماذكره هنالك على غير الاولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سببا بعد الموت أو اختار جوازه باجتهاده وجعل ماذهب اليه الاصحاب أولى فان قيل فى التدبير تعليق وليس فى التعليق شئ من السبب ثابتا فى الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعى كما فى سائر التعليقات أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط واعلم أن فى كلام المصنف غموضا لا ينكشف على وجه التحصيل الا بزيادة بيان فلا بد منها فنقول المانع هو ما ينتفى به الشئ مع قيام مقتضيه وكل ما ينافى اللازم ينافى الملزوم واذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضى أن تكون سائر التعليقات أسبابا فى الحال لكن المانع عن السببية فى الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قائم لان اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذى هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذى هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه أشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن أن يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق يمينا تمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين بعقد للحمل كما فى قول الرجل ان لم تدخلى الدار فأنت طالق وقد نص فى الكتب أن اليمين تعقد للمنع أو الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه يقتضى الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين الا منع الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفى والمقصود هو المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين أو ليس بيمين فان كان يمينا وجب أن لا يكون سببا لقيام المانع على ما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات اذ السائر بمعنى الباقى قلت ليس بيمين لتعلق عتقه بأمر كائن واستقامة اطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة ان لم يكن اليمين أخص من التعليق ورد عليه أنت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بأمر كائن وليس بسبب فى الحال والجواب أنه اضافة لا تعليق وقوله (وأمكن تأخير السببية الى زمان الشرط) لقيام الاهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه تأخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء أهلية الايجاب حينئذ وأما سائر التعليقات فتأخير السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا واعترض بأن قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب أن قيام أهليته ليس بشرط عند وجود الشرط اذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الاهلية كما ذكرتم فى صورة المجنون وأما اذا كان فلا نسلم أن الاهلية اذ ذاك غير شرط

ثم جعله سببا فى الحال أولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وأمكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا

الاختلاط بجزء المولى كما فى أم الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر رضى الله عنه لا يصلح لمعارضة حديث جابر وأيضا ثبت عن أبى جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوسا يقولان عن جابر فى الذى أعتقه مولاه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فأمره أن يبيعه فيقضى دينه الحديث فقال أبو جعفر شهدت الحديث عن جابر انما أذن فى بيع خدمته رواه الدارقطنى عن عبد الغفار بن القاسم الكوفى عن أبى جعفر وقال أبو جعفر هذا وان كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك ابن أبى سليمان العرزمى وهو ثقة عن أبى جعفر انتهى فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه وان كان متشيعا فقد صرح أبو جعفر وهو محمد الباقر الامام بن على زين العابدين بأنه شهد

(قوله وأقول قوله ثم جعله الخ) أقول أنت خبير بأن المعتبر ما ساق اليه الدليل لا دلالة اللفظ والدليل يدل على التعيين فيجب حمل الاولوية على الوجوب ألا ترى الى قوله فلا يمكن تأخير سببية الى زمان بطلان الاهلية ولعله انما قال أولى ولم يقل يجب لئلا ينتقض الدليل الاول بسائر التعليقات فليتأمل فيكون هذا الكلام من المصنف متضمنا للاعتراف بعد تمام ما قرره فى الفرق بين أم الولد والمدبر وفيه ما لا يخفى (قوله اذ السائر بمعنى الباقى) أقول ولك أن تقول فى باب عتق البعض السائر هنا بمعنى الجميع صرح بمجيئه بهذا المعنى الجوهرى (قوله والجواب أنه اضافة لا تعليق) أقول وكذا أنت حر مع موتى أو فى موتى أو اذا مت وجوابه أنه لما كان أضافة الى الموت كان فى حكم المعلق به فأخذ حكمه فان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية بقى الكلام فى أنه لم لا يكون هذا الكلام سببا حال وجوده ومع أنه أولى على ما دل عليه الدليل الاول (قوله فرق آخر بين التدبير الخ) أقول صرح فى كتب الاصول فى مواضع من جملتها فصل مفهوم المخالفة من التلويح بأن الاضافات أسباب فى الحال فينتقض الدليل بها

وقوله (ولانه وصية والوصية خلافة في الحال) فرق آخر بينهما وتقريره التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لان الموصى يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته كالوراثة فانها سبب خلافة في الحال واعترض بأنه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان الجرح قبلها أو بعدها ولجاز البيع لان الموصى يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك وقوله (وابطال السبب لا يجوز) تتمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والامهار ذلك أي ابطال سبب الحرية فلا يجوز قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره) التدبير لا يثبت الحرية في الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وان كانت أمة وطئها وله أن يزوجها لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت

ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وان كانت أمة وطئها وله أن يزوجها) لان الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات

حديث جابر وأنه انما أذن في بيع منافعه ولا يمكن لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث وقال ابن العز قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد أو أن المراد أنه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى في تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص آخر يمنع من العمل باطلاقه وأنت اذا علمت أن الحر كان يباع للدين ثم نسخ وأن قوله في الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوي فعلا جزئيا لا عموم لها وان قوله أعتق عن دبر أو دبر أعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذي دبر مقيدا أنه أعتق عن دبر منه وأن ما عن ابن عمر موقوف صحيح وحديث أبي جعفر مرسل تابعي ثقة وقد أقمنا الدلالات على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد أنه قول جمهور السلف علمت قطعا أن المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر ان لم يصح رفعه يعضده ولا يعارضه المروي عن عائشة رضي الله عنها لجواز كون تدبيرها كان مقيدا ولانه أيضا واقعة حال لا عموم لها فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضي الله عنهما محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع عما ذكرنا فظهر لك تحامله أو غلطه وأما المعنى الذي أبطل به الشافعي منع بيعه فما ذكر في الكتاب من قوله لانه تعليق العتق بالشرط وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز فظهر أنه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمتنع بيعه وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا أي اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكر المصنف بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب ولا سبب غيره أي غير قوله أنت حر المعلق في اذا مت أو المضاف في بعد موتي فاما أن يجعل سببا في الحال أو بعد الموت وجعله سببا في الحال أولى لانه حال وجوده بخلاف ما بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمي فاضافة السببية اليه حال وجوده أولى فهذا وجه أولوية السببية في الحال ووجه آخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعني لابد لثبوت الملك وزواله من ثبوت الاهلية لهما والموت يبطلها بخلاف الجنون لان المجنون أهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه أو وهب له وقبل وليه وزواله كما لو أتلف شيأ فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد أبواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلذا لم تشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط لزوال الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون أهل لذلك بخلاف الموت فانه سالب لاهلية الامرين فامتنع أن يجعل قوله المذكور حال حياته سببا بعد موته فلزمت سببيته في الحال والا انتفت لكنها لم تنتف شرعا ولان سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا في الحال لانها أيمان واليمين في مثله تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد للبر وأنه يضاد وقوعهما ووقوعهما هو المقصود في التعليق الذي هو التدبير فلزم من كلامه أن التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط

لما

(قوله والجواب عنهما جميعا أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق الخ) أقول أنت خبير بأن عامة الوصايا على سبيل التعليق مع أنه يجوز الرجوع عنها وتبطل بالقتل (قوله والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك) أقول فيه ما لا يخفى من عدم ظهور وجه امتناع البيع فان التدبير ليس اعتاقا في الحال وكونه اعتاقا في المآل مسلم لكن هل يمتنع به البيع أولا هو محل النزاع

(فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضى الله عنهم

لما ذكرنا وأمكن فى التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته فى الحال واذا انعقدت سببية العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك أنه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا جاء غد فأنت حر فانه لما علق بأمر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعاق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية فى الحال فينعقد فيه فيلزم أن لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فانما يستقيم اذا كان التعليق بمجىء الغد بعد وجود أشراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما أما قبل ذلك فليس بصحيح والجواب بأن الكلام فى الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على أن كون التعليق بمثل مجىء الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح وأجيب أيضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو أن التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة ويرد عليه أنه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارته الا بعناية وهو أن المراد بقوله والوصية خلافة أى الوصية المذكورة وهى الوصية له برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها أو يفرق بين قوله اذا مت فأنت حر وأنت حر بعد موتى وبين قوله أعتقوه بعد موتى فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف أعتقوه وأورد عليه أن هذا فرق بعين محل النزاع لان حاصله أن الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقوا هذا العبد لا تكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الاخرى سواء ولا مخلص الا أن تبدى خصوصية فى تلك العبارة تقتضى ذلك وليس هنا الا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحا بالموت أو أضيف وكون ذلك فى الشرع يقتضى ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق أن الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك (قوله فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا أول الباب ولان التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين فى هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الوراثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته (قوله وولد المدبرة مدبر) فيعتق بموت سيد أمه والمراد ولد المدبرة المطلق أما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفى بعضها ولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان الولد يتبع أمه لا أباه فان زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا أو أمة فولدها عبد سواء كان أبوه حرا أو عبدا مدبرا أو لا ثم المراد الولد الذى كانت حاملا به وقت التدبير أو الولد الذى حملت به بعد التدبير أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها أما الذى كان حملا فبالاجماع كما لو أعتقها وهى حامل وأما الذى حملت به بعده ففى قول أكثر أهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهرى والبصرى وشريح ومسروق والثورى ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك وأحمد وللشافعى فيه قولان قال المصنف وعلى هذا اجماع الصحابة يعنى الاجماع السكوتى فانه روى عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود رضى الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف ولا يخفى أن سريان التدبير الى

(فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا) يعنى من حديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو قوله عليه الصلاة والسلام وهو حر من الثلث (ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت) ولا نعنى بالوصية الا ذلك والحكم يعنى العتق غير ثابت فى الحال لانه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفا وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثى رقبته وان كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته وقوله (وولد المدبرة مدبر) هذه هى النسخة الصحيحة ووقع فى بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر اما أن يكون من أمة أو غيرها فالاول رقيق لمولاها والثانى يتبع الام فى التدبير والكتابة وغيرهما دون الاب وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة رضى الله عنهم وخوصم الى عثمان رضى الله عنه فى أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان ذلك بحضرة الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف

(وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لان السبب لم ينعقد فى الحال لتردد فى تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة (فان مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث

الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل فيه اشكال مما ذكر من طرف الشافعى ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لانها تدعى حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق واعلم انه اذا حلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره فى المبسوط فى باب الشهادة فى التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة أشهر كان مدبرا والا لا ولو كانت بين اثنين فدبر أحدهما حملها وولدته لاقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية ولو دبر أحدهما ما فى بطنها بأن قال ما فى بطنك حر بعد موتى وقال الآخر أنت حرة بعد موتى فولدت لاقل من ستة أشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبر نصيب الآخر بتدبير أمه وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من الاول ولاقل منها من تدبير الام فالولد كله مدبر للذى دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام باعتبار انه كالجزء وفى هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذى دبر الام وأما الام فنصفها مدبر للذى دبرها وللآخر الخيار بين أن يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا وبين أن يستسعيها فتعتق الام بضمان والولد المدبر بلا ضمان لان الضمان انما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده فى الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك ألا يرى أنها لو زادت قيمتها فى مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا فى الزيادة المنفصلة ولانها صارت فى حكم المستسعاة حين ثبت لها حق أن يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها واذا دبر ما فى بطن أمته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها وذكر فى كتاب الهبة من الاصل اذا أعتق ما فى بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل فى المسئلة روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما فى البطن لو وهب الام لا يجوز وعتقه ولو أعتقه جاز هبتها لان بالتدبير لا يزول ملكه عما فى البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما فى بطنها فولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر بيوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توأمان وتيقنا وجود أحدهما حال التدبير فى البطن ولو دبر ما فى بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعد هذا لاقل من ستة أشهر كان التدبير فى الولد صحيحا لكنه يدخل فى الكتابة أيضا تبعا للام فاذا أدت عتقا جميعا وان مات المولى قبل أن تؤدى عتق الولد بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولد أن يسعى فيما على الام لانه دخل فى الكتابة فان مات المولى فالولد بالخيار فى اختياره الحرية بالتدبير أو باداء الكتابة فيختار الانفع له فان كان خرج من الثلث عتق ولا شئ عليه لان مقصوده حصل ولو قال لامته ولدك الذى فى بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقا لم تعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق فكانه قال أنت مثل الحرة أو المدبرة (قوله وان علق التدبير بموته على صفة) مثل أن يقول ان مت من مرضى هذا أو سفرى هذا

وقوله (فان علق التدبير بموته) بيان المدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول ان مت من مرضى أو سفرى أو مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد فى الحال للتردد فى تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وتحقيقه يستفاد مما قدمناه وهو أن المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت أن صفة كونه يمينا يمنع عن السببية وأما اذا كان أمرا كائنا لا محالة لم يكن فى معنى اليمين فكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب فى الحال ففى أى وقت ينعقد اذا انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب أنه موقوف فان مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم التدبير فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ وان عاش بطل التدبير

ومن المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

أو مرض كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لان السببية لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة هل تقع أولا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ثم ان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لانه ثبت حكم التدبير له في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فاذذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فاما ما قبل آخر جزء من حياته فلم يكن مدبرا الجاز بيعه وان برئ من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما اذا قال أنت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فانه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه أجيب بأنه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سمي فيجب اعتباره بالعتق المضاف الى غد وأنه لا يثبت حقا للعبد للحال فكذا هنا ولو قال اذا مت أو قتلت فانت حر على قول زفر هو مدبر لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على أي وجه كان وعلى قول أبي يوسف ليس مدبرا لانه علقه بأحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وان كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه بأحد الامرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر أحسن لان التعليق في المعنى بمطلق موته لانه لا تردد في كون الكائن أحد الامرين من الموت قتلا أو غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيفما كان وروى الحسن عن أبي حنيفة اذا قال اذا مت وغسلت فأنت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشيء آخر بعده ثم اذا مات ففي القياس لا يعتق وان غسل ما لم يعتقوه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فأنت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط (قوله ومن المقيد) أي ومن التدبير المقيد (أن يقول ان مت الى سنة أو الى عشر سنين) فأنت حر فان مات قبل السنة أو العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة أو العشر لم يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات في رأس السنة يعتق لان الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لانه تنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فتكون للاسقاط ومنه أنت حر قبل موتي بشهر أو بيوم فانه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول أبي حنيفة يستند العتق الى أول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته (قوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها في الغالب لانه كالكائن لا محالة) فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال قاضيخان على قول أصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تأبيد معنى وهو كالخلاف في النكاح المؤقت لو سميا مدة لا يعيشان اليها غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تأبيد معنى والمذهب انه توقيت فلا يصح والمصنف كالمناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير ❁ فروع كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلث ماله عتق بالتدبير وسقط عنه بدل الكتابة للاستغناء عن أداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانه يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد سقط ثلث بدل الكتابة أيضا اعتبارا للجزء

(ومن المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا) يعني قوله لتردد في تلك الصفات (بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة) وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله لو أن رجلا قال لعبده أنت حر ان مت الى مائتي سنة قال أبو يوسف هذا مدبر مقيد وله أن يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم أنه لا يعيش الى تلك المدة فصار كأنه قال ان مت فأنت حر ثم لو مات قبل السنة في الاول أو قبل عشر سنين في الثاني عتق ولو مات بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد والله أعلم

(قول الكمال لانه تنجيز عتقه) لانه أي الكلام بدون الغاية يفيد تنجيز عتقه بعد الموت مطلقا كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي

بالكل وقياسا على مالو كاتبه أولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا اسبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة لانه لو أدى جميع بدل الكتابة فى حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاد ولو كاتب أم ولده صح ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه ولهما طريقان أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ماوراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت مالم يكن ثابتا فى المكاتب والبدل بمقابلته وعرف أن التدبير يوجب استحقاق شئ له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ماوراء ذلك فهو كالو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلاثا بالالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة ألا ترى أنه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز أن لا يموت المولى قبله واذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ماوراء المستحق بالتدبير وشئ من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شئ عنه بخلاف مالو كاتبه أولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا لشئ من رقبته عند الكتابة فاذا اعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر أن التدبير وصية برقبته له وهى عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كالو أوصى بعبد لانسان ثم باعه أو قتل لا تنفذ الوصية فى قيمته ولا ثمنه من مال الموصى وفى اسقاط بعض بدل الكتابة بذلك فامتنع بخلاف مالو كاتبه أولا ثم دبره لان حقه عند التدبير أحد الشيئين اما بدل الكتابة ان أدى أو مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فنخرج المسئلة على قول أبى حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى فى جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى فى ثلثى قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزأ وقد تلقاه جهتا حرية فيختار أيهما شاء وعند أبى يوسف يسعى فى الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزأ عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا أقل المالين وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته ومن ثلثى بدل الكتابة لان ثلثها سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر أبو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند أبى حنيفة يتخير بين أن يسعى فى ثلثى قيمته أو ثلثى بدل الكتابة وعندهما يسعى فى أقلهما بينا ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لانه مولود فى كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فأدى أحدهما المال كله لم يرجع على أخيه بشئ لانه ما أدى عنه شيأ انما أدى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت أحق به فكان أداء من أدى أحدهما أو كليهما أداء من مال الام ومثله لو كاتب عبدين مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك أحدهما ولدا ولد له فى كتابته من أمته فعليه أن يسعى فى جميع الكتابة لانه قائم مقام أبيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلهذا كان عليه السعاية فى جميع بدل الكتابة

﴿ باب الاستيلاد ﴾

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد فى استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير أنسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه والاستيلاد مصدر استولد أى طلب الولد وهو عام أريد به خصوص وهو طلب ولد أمته أى استلحاقه أى باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة فى الام وأصله استولاد ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا

لما فرغ من بيان التدبير شرع فى بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد فأم الولد من الاسماء الغالبة كالصغيرة فى الصفات الغالبة (اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها) ولا هبتها (ولا تمليكها لقوله صلى الله عليه وسلم) لما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له ألا تعتقها (أعتقها ولدها أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع) لان الحديث وان دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل ولدت أمته منه فهى معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث الاول والتنجيز بالحديث الثانى ولا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا ترتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعتها

﴿باب الاستيلاد﴾

(اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها) لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفى عرف الفقهاء أخص من ذلك وهى الامة التى ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها (قوله واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولد له) يعنى اذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما ثبوته ففى العبارة قصور وذلك لانه لا يريد أنها اذا ولدت منه صارت أم ولد بالمفهوم اللغوى بل بالاصطلاح الفقهى ولذا رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها بل اذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء الا من لا يعتد به كبشر المريسى وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه أبو داود وقال الحاكم على شرط مسلم وأخرج النسائى عن زيد العمى الى أبى سعيد الخدرى كنا نبيعهن فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم وأعله العقيلى بزيد العمى وقال النسائى زيد العمى ليس بالقوى ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلى وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضى الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم للجمهور بما فى حديث أبى داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت مغفل امرأة من خارجة قيس عيلان وذكر البيهقى أنه أحسن شئ روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا قالت قدم بى عمى فى الجاهلية فباعنى من الحباب بن عمرو أخى أبى اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين فى دينه فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله انى امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بى عمى المدينة فى الجاهلية فباعنى من الحباب بن عمرو أخى أبى اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لى امرأته الآن والله تباعين فى دينه فقال عليه الصلاة والسلام من ولى الحباب قيل أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال أعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم على فأتونى أعوضكم قالت فاعتقونى وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم منى غلاما ولا يخفى أن هذا لا يدل على أنها تعتق بمجرد موته بل على أنه سألهم أن يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام بل يفيد أنها لا تعتق والا لبين الحكم الشرعى فى ذلك من أنها اعتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به لهم نعم يحتمل أن يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقى وأن العوض من باب الفضل منه عليه أفضل الصلاة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه ويعينه فمن ذلك ما ذكر المصنف عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال يعنى فى مارية القبطية رضى الله عنها أعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أعتقها ولدها وطريقه معلول بأبى

﴿باب الاستيلاد﴾

(قوله الاستيلاد طلب الولد) أقول يعنى طلب الولد مطلقا وخص بطلب ولد أمته (قوله فأم الولد من الاسماء الغالبة كالصغيرة فى الصفات الغالبة) أقول والا فأم

الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب ثم قوله كالصغيرة يعنى باستعمال الصغيرة فى الذنوب (قوله وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعتها) أقول الضمير فى قوله فرفعتها راجع الى قوله محلية فى قوله لا يقال محلية البيع الخ

بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله بن عباس وبسند ابن ماجه رواه ابن عدي في الكامل لكن أعله بابن أبي سبرة فقط فانه يرى أن حسينا ممن يكتب حديثه وأخرج ابن ماجه أيضا عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وهذا توثيق لحسين بن عبد الله ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن أبي أويس حدثنا أبي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم قال أيما أمة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات الا أن يعتقها قبل موته ورواه أحمد عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم أيما رجل ولدت منه أمته فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه مع أن ابن القطان قال في كتابه وقد روي باسناد جيد قال قاسم بن أصبغ في كتابه حدثنا محمد بن وضاح حدثنا مصعب بن (١) سعد أبو خيثمة المصيصي حدثنا عبد الله بن عمرو هو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ومن طريق ابن أصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد ومما يدل على صحة حديث أعتقها ولدها ما قال الخطابي ثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة وعنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفي بيعهن تفريق واذا ثبت قوله أعتقها الخ وهو متأخر الى الموت اجماعا وجب تأويله على مجاز الاول فيثبت في الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة ثم أخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار وأعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المديني وأسند تضعيفه عن النسائي وغيره ولينه هو وقال يكتب حديثه ثم أخرجه عن أحمد بن عبد الله العنبري حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه وأخرجه أيضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم (٢) القسملي وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذي رفعه وقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات وهذا كله عند الدارقطني وعندي أن الذي أسنده خير ممن وقفه وأخرج مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة وهكذا رواه سفيان الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا وأخرج الدارقطني من حديث عبد الرحمن الافريقي عن سعيد بن المسيب أن عمر أعتق أمهات الاولاد وقال أعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقي وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع عاقلنا ولا شك في ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وعدم مخالفة أحد لعمر حين أفتى به وأمر فانعقد اجماع الصحابة على عدم بيعهن فهذا يوجب أحد الامرين اما أن ما كان من بيع أمهات الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوي كنا نفعل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه الرفع لكن ظاهر الا قطعا فاذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما أنه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لابي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها

(١) سعد هكذا في بعض النسخ وفي بعضها أسعد بألف وليحرر اه مصححه

(٢) القسملي هكذا في بعض النسخ ومثله في خلاصة أسماء الرجال مضبوطا بفتح القاف والميم بينهما مهملة ساكنة وما وقع في بعض النسخ من السلمي تحريف فليحذر كتبه مصححه

(ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا (٤٤٣) بحيث لا يمكن التميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة) وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان الجزئية توجبه واستم بقائلين به أجاب بقوله (الا أن بعد الانفصال) يعني أن الولد انما يعلم بعد الانفصال وبعد الانفصال (تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت) فتعاضد المنقول بالمعقول في اثبات الحكم المؤجل الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك أجاب بقوله (وبقاء الجزئية حكما) ومعناه أن بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب لان الولد ينسب اليه والام أيضا بواسطة الولد يقال أم ولد فلان (فكذلك الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن)

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوأة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته

بحروب مسيلمة وأهل الردة ومانعي الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نخابر أربعين سنة ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها وأياما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف فأما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك ومما يدل على ثبوت ذلك الاجماع ما أسنده عبد الرزاق أنبأنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الاولاد أن لا يبعن ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن فقلت له فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحب الي من رأيك وحدك في الفرقة فضحك علي * واعلم أن رجوع علي رضي الله عنه يقتضي أنه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع أم الولد فقال يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان أبو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها ما حبلت بولد سيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له أن يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى أن يثبت المزيل (قوله ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين) اللذين خلق منهما (قد اختلطا) وهو جزؤهما بحيث لا تميز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية أوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل أم ولده فقد بقي أثرها شرعا واليه أشار عمر فيما رواه محمد بن قارب قال اشترى ابني أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر بردها وقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن الا أن السبب يضعف بالانفصال (فأوجب حكما مؤجلا الى الموت) ولما ورد على هذا التقرير أن مقتضاه أن المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له انه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها أجاب المصنف بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب الى الرجال أي الى الآباء لا الى الامهات (فكذا الحرية) التي تبتني على النسب بالحاء المهملة لا بالجيم تثبت للنساء في حق الرجال لان النسب اليهم فتفرع عليه أن الحر لو تزوج أمة فولدت له ثم اشتراها صارت أم ولد له تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فلو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الامومة بدونه فلو ولدت أمة لرجل بزنا ثم ملكها لا تكون أم ولد له فلا تعتق بموته وأورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل أمة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومة بلا ثبوت نسب أجيب بأنه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم تثبت دون نسب والحق أن ثبوت الامومة في نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب وأما ثبوته ظاهرا في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والاقرار به وان لم يثبت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد أم ولده المزوجة (قوله وبثبوت عتق الخ) يعني قد ثبت مما ذكرنا أنه يثبت لها عتق مؤجل ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا أن يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا

(قوله ولأن الجزئية) أقول عطف على قوله لقوله صلى الله عليه وسلم (قوله أجاب بقوله الا أن بعد الانفصال يعني أن الولد انما يعلم بعد الانفصال) أقول اذا اعترف المولى بالحمل منه قبل الانفصال لم يؤاخذ باقراره وعندي معنى كلام المصنف غير ما ذكره الشارح

وكذا اذا كان بعضها مملوكاله لان الاستيلاد لا يتجزأ فانه فرع النسب فيعتبر بأصله قال (وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها) لان الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة

الى الحرية ولقائل أن يقول ثبوت العتق المؤجل الى أجل معلوم ثابت فى قوله اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ومع ذلك لم يمتنع البيع فله أن يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها فى الحال بل عند حلول الاجل فالحق أن استحقاقها فى الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بأنهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التى أشار اليها عمر رضى الله عنه (قوله وكذا اذا كان بعضها مملوكاله والبعض الآخر مملوكا لغيره) بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى أحدهما ولدها ثبت نسبه وتصير أم ولده فهذان حكمان وقع التشبيه فى أحدهما وهو أمومة الولد لانه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله (لان الاستيلاد لا يتجزأ) أى فيما يمكن نقل الملك فيه وهى القنة فتصير كلها أم ولده ويضمن قيمة نصيب شريكه بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزأ لضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلما قدم فى باب العبد يعتق بعضه أنه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل أن الاستيلاد لا يتجزأ أى لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا للغير المستولد الا لضرورة لانه مبنى على ثبوت النسب وهو لا يتجزأ وأما احتمال أن يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المصنف انه يتجزأ فى باب العبد يعتق بعضه لم يجعل أثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة وأما تعليل ثبوت النسب فانما هو بوجود الدعوة فى المملوكة والاتفاق على أن ملك البعض يكفى لصحة الاستيلاد (قوله وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها) وهو مطلق لهذه الامور (فأشبهت المدبرة) ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف فى الاجارة ويملك كسبها وله اعتاقها وكتابتها وأورد ينبغى أن لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما فى المعتدة غير أن المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغى أن لا يصح قبله وأجيب بأن جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطء ووقع الشك فى خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله ولقائل أن يقول اذا سلم أن احتمال الشغل مانع ولا شك فى ثبوته بعد الوطء لزم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب أن لا يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده أفضل * واعلم أن المسئلة ذكرها المصنف فى فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان زوج أم ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بالدعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا أنه غير متأكد حتى ينتفى ولدها بالنفى من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل فأفاد أن المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا أحق لما عرف من مسئلة ما اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطء مع أن احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطء لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا جاز عند أبى حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء

وقوله (وكذا اذا كان بعضها مملوكاله) يعنى لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولده لان الاستيلاد لا يتجزأ لانه فرع ما لا يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله فان قيل فقد ذكر فى باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الخ فما وجه التوفيق بين كلاميه أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ يتملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد على ما يجىء بعد هذا فى هذا الباب لان نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لان الاستيلاد وقع فى القنة وهى قابلة للانتقال من ملك الى ملك وما ذكره هنالك من تجزى الاستيلاد فانما فرض المسئلة فى المدبرة وهى غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد مقتصرا على نصيبه فيتجزأ الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وبأنه يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبى حنيفة وذلك لانهما جعلا الاستيلاد مقيسا عليه فى أنه لا يتجزأ فكان مجمعا عليه ثم أجاب عنه أبو حنيفة بأنه متجزئ عنده فى ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين كذا فى النهاية قال (وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها) قد ذكرنا أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها قبل أن يستبرئها فان قيل شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما فى المعتدة أجيب بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك فى الفراش زوالها فلا ترتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا تعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة

(قوله أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ الى قوله فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال) أقول فيه بحث بل المراد لا يستقر على التجزى كما يعلم مما مر وسيجىء

(ولا يثبت نسب ولدها الا أن يعترف به) وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء وإنه أكثر إفضاء أولى ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

الفراش غير أنه لا يحل وطؤها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها وحينئذ فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل بالماء مانعا فلذا جاز النكاح عقيب وطئها وان كان يستحب أو يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش أم الولد ليس قويا على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعا ما لم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة ألا ترى أنها متعينة لثبوت نسب ما تأتي به ففي تزوجها جمع بين الفراشين ﴿فرع﴾ اذا باع خدمة أم ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وعن ابن سماعة عن أبي يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق (قوله ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الامة لا أم الولد وهذا رجوع الى المذكور أول الباب في قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا أن يعترف به وان اعترف بوطئها وهو قول الثوري والبصري والشعبي ومروي عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعي ومالك وأحمد يثبت اذا أقر بوطئها وان عزل عنها الا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبرأها مع أن الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بأن الغالب أن لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبار الغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد عند مالك ومثله عن أحمد وهو وجه مضعف للشافعية (قوله لانه لما ثبت) هذا وجه قول الجمهور في أن النسب يثبت بما تأتي به الامة بمجرد وطئها وهو أنه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تأتي به المنكوحة به بعد العقد وان لم يعلم الوطء لوجوده بعد المفضي الى الولد فثبوته بعد وطء البالغ وانه أكثر افضاء الى وجود الولد أولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان بعقد وضع للولد (ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع) من قصده وهو سقوط تقومها عند أبي حنيفة ونقصانه عندهما فكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطء وما قيل الوطء قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الاصل من العدم * واعلم أن أصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضي الله عنها قالت اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد الي أنه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم انما قضى به لعبد بن زمعة على أنه عبد له ورثه لا على أنه أخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو أخوك وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان أخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بأن في رواية أخرى هو أخوك يا عبد وأما الامر بالاحتجاب فلما رأى من الشبه البين بعتبة ويدفع الاول بأن هذه الرواية حينئذ معارضة لرواية هو لك وهي أرجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب أخته شرعا منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا أن كل من أشبه غير أبيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب أخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا واذن قوله الولد للفراش ينتفي به نسبه عن سعد

وقوله (ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الامة رجوع الى ما ابتدأ به أول الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها لما أن ولد أم الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجيء في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة كحكم الامة في أنه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى وقوله (الا أن يعترف به) أي بالولد والاعتراف بالوطء غير ملزم (وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد) أي بالنكاح الذي هو مفض الى الوطء (فلأن يثبت به وهو أكثر إفضاء أولى ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه) أي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما أو عدم نجابة أولاد الاماء عندهم (فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء) فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة (بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة) لا يقال النسب باعتبار الجزئية أو بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك لانا نقول لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطء الامة ليس بموضوع لها فيحتاج اليها

(فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة (الا أنه اذا نفاه ينتفى بقوله) لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج

بأنه ابن أخيه وعن عبد بأنه أخوه يعنى أن الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة و زمعة فهو حينئذ عبد لك يا عبد ميراث لك من أبيك * واعلم أنه روى عند الامام أحمد أما الميراث فله وأما أنت فاحتجبى منه فانه ليس لك بأخ فتصريحه بأنه ليس أخاها يفيد أنه ليس أخا العبد بن زمعة و به تقوى معارضة رواية هو أخوك وقوله أما الميراث فله يفيد أنه أخوهما فاما أن يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه أو يجمع بأن المثبت الاخوة الشرعية والمنفى الاخوة الحقيقية وهو أن يخلقا من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعى فى عدم الاحتجاب أن يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا أن هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو فى الصورة المروية ثم يجعل هذا الذى ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا خاصا بأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال تعالى لهن لستن كأحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك و يكون قوله الولد للفراش يعنى أم الولد وحينئذ فقوله هو لك أى مقضى به لك ويكون المراد أنه أخوك كما هو الرواية الاخرى وأما ما نقل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تأتينى وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا رواه الشافعى فعارض بما روى عن عمر أنه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد أسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعى الابل فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه وأسند الطحاوى عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتى جارية فحملت فقال ليس منى انى أتيتها اتيانا لا أريد به الولد وعن زيد ابن ثابت أنه كان يطأ جارية فارسية و يعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها وعنه أنه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك ما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها والمروى عن عمر من قوله انه يلحق بالواطئ مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك أنا بينا أن الواطئ اذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكار أولاد الاماء مطلقا فقال لهم انى ملحق بكم اياهم مطلقا وأما من علم منه الاعتدال فى الامر بأن يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به و ينفى من يجب عليه نفيه أو يجوز فانه لا يتعرض له (قوله فان جاءت بعد ذلك) أى بعد أن اعترف بولدها الاول (بولد ثبت نسبه بغير اقرار) لانه بالاعتراف بالولد الاول تبين كون الولد مقصودا من الوطء فصارت فراشا وبهذا تبين أن الاولى فى تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما فى أم الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده الى ذلك أو وضعا شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد يثبت نسب ما تأتى به فانها حينئذ تكون متعينة لثبوت نسب ما تأتى به وهو الذى عرفوا به الفراش وظهر أن ليس الفرش ثلاثة كما تقدم فى فصل المحرمات بل فراشان قوى وهو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش أم الولد بسبب أن ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفى نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفى نسب ولدها الا باللعان وقد صرح المصنف فيما تقدم فقال لان الامة ليست بفراش لمولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تأتى به أو كونها يقصد بوطئها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغى أنه لو اعترف فقال كنت أطأ بقصد الولد عند مجيئها بالولد أن يثبت نسب ما أتت به وان لم يقل هو ولدى لان ثبوته بقوله هو ولدى بناء على أن وطأه حينئذ بقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغى أنه اذا أقر انه

(فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا أنه اذا نفاه ينتفى بقوله) من غير لعان ما لم يقض القاضى به أو لم تتطاول المدة فأما بعد قضاء القاضى فقد ألزمه به على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار فى هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم فى مدة التطاول قد سبق فى اللعان وقوله (لان فراشها ضعيف) واضح

قوله (وهذا الذي ذكرناه) أي عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوة (حكم) قضاء القاضي (فأما الديانة) يعني فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى ان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وقوله (لان هذا الظاهر) وهو أن الولد منه عند التحصين وعدم العزل (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو العزل أو ترك التحصين وقوله (وفيه روايتان أخريان) في بعض النسخ أخروان وليس بصحيح وقوله (عن أبي يوسف وعن محمد) قيل فائدة تكرار عن دفع وهم من يتوهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر فأما رواية أبي يوسف فهي أنه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح مالم يتبين خلافه وأما رواية محمد فهي أنه لا ينبغي له أن يدعيه اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في أن لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه وما ذكره أبو حنيفة هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعي وان لم يحصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك

وهذا الذي ذكرناه حكم فأما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي لان الظاهر أن الولد منه وان عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى

كان لا يعزل عنها وحصنها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كان توجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى أن توجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء وأظن أن لا بعد في أن يحكم على المذهب بذلك وفي المبسوط انما يملك نفيه أي نفي ولد أم الولد اذا لم يقض القاضي به أو لم يتطاول الزمان فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول دليل اقراره لانه يوجد منه فيها دليل اقراره من قبوله التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان هذا وانما يثبت نسب ما تأتي به في حال حل وطئها له بعد الولد أما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بان وطئها أبو سيدها أو ابنه أو وطئ السيد أمها أو ابنتها أو حرمت عليه برضاع أو بكتابة فانه لا يثبت نسبه منه الا باستلحاقه ولا يخفى أنه يجب أن يفصل بين أن تأتي به لاقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها ففي الاول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو أعتقها ثبت نسب ولدها منه الى سنتين من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تأكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض أو نفاس أو صوم أو احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع ذلك العارض الذي عرض لا باختيارها المنقضي عادة بلا اختيارها (قوله وهذا الذي ذكرناه) يعني من عدم لزومه الولد وان اعترف بالوطء مالم يدعه (حكم) أي في القضاء يعني لا يقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فأما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب وان كان عزل عنها حصنها أولا أو لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جاز له أن ينفيه (لان هذا الظاهر) وهو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين وبهذا ظهر ان لفظة أو في قوله وان عزل عنها أو لم يحصنها أولى من الواو لتنصيصها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها أو لم يحصنها فله أن ينفيه اهـ ولا شك في أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر وأما ظهور كونه من غيره اذا أفضى اليها ولم يعزل عنها فمحل نظر بل أورد أن المصنف علل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال بأنه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب بعد الوطء وان لم ينزل والا تناقض ولا يخفى أنه لا أحد يقول بثبوت نسب ما تأتي به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل أنه يثبت عزل عنها أو لم يعزل وهذا فرع الانزال وحينئذ فالمذكور في الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق بل لا يجوز أن يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز أن لا يستلحق نسب من هو منه فكان أمر الاستلحاق مبنيا على اليقين أو الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكا (قوله وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد)

(قوله وقوله لان هذا الظاهر) أقول المراد هو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين وأما ما ذكره الشارح ففيه ما لا يخفى

(فان زوجها لجاءت بولد فهو فى حكم أمه) لان الاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح فى حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان أقوى من فراش أم الولد وقوله (ولو ادّعاه المولى) معناه اذا زوّج المولى أمته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت النسب من غيره و يعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لاقراره وانما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولد له لان أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولد له هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير فان قيل ينبغى أن لا تصير أمه أم ولد لمولاه لان أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل منه كيف يثبت الفرع أجيب بأن مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوته وان كان ذلك الاقرار فى ضمن شئ لم يثبت ذلك الشئ لمصادفة اقرار المولى فى محله وهو الملك وهذا الاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو بشبهة بعد النكاح الا أن هذا الاحتمال غير معتبر فى حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقى معتبرا فى حق الام لاحتياجها الى أن تصير أم ولد قال (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) سواء كان زوجها أو لا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب

(فان زوّجها لجاءت بولد فهو فى حكم أمه) لان حق الحرية يسرى الى الولد كالتدبير ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح فى حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره و يعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لاقراره (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب

ذكرهما فى المبسوط فقال وعن أبى يوسف اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهذا كمذهب الشافعى والجمهور لان ما ظهر سببه يكون محالا به عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغى أن يدعى ولدها اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغى أن يعتق الولد وفى الايضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال قال أبو يوسف أحب أن يدعيه وقال محمد أحب أن يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب وعبارة المبسوط تفيد الوجوب (قوله فان زوجها المولى لجاءت بولد) يعنى من الزوج (فهو فى حكم أمه) حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه و يعتق بموته من كل المال ولا يسعى لاحد وله استخدامه واجارته الا أنه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطئ أمها وهذه إجماعية وهى واردة على اطلاقه حيث قال هو فى حكم أمه وهذا لان الصفات القارة فى الامهات تسرى الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وان كان أبوه بخلافه ولو ادّعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه أقوى وان كان النكاح فاسدا فانه يلحق بالصحيح فى حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزأ ثبوتا فلا يثبت من المولى والاوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر وقول المصنف لان الفراش له يقتضى أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلا وهذا اذا جاءت به لستة أشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد ويستحب بل يجب أن لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف بأنه ابنه فان ابنه من أمته يعلق حرا كما تقدم غير أنه عارضه فى ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم يعارضه فى ثبوت الحرية به ذلك فأخذ بزعمه ولم يستحسن قول المصنف وتصير أم ولد له لان الكلام فى تزويج أم الولد وانما يستحسن لو كان فى تزويج الامة التى ليست أم ولد كالصورة المذكورة فى المبسوط زوج أمته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن تصير أم ولد له تعتق بموته لانه أقر لها بحق الحرية وقد تكلف له أن قوله وولد القنة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكأنه قال ولد القنة قن ونسبه يثبت من الزوج اذا زوجها مولاها وحينئذ يستقيم الا أنه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سرايته وصف الام الى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلتها (قوله و يعتق الولد) أى ولد أم الولد المزوجة الذى ادّعاه يعتق لانه ملكه وهو يزعم أنه ابنه (وتصير أمه أم ولد له) تعتق بموته لانه أقر لها بحق الحرية حيث ادّعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بأنه علق الولد حرا من الاصل فان قيل فكيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهى مبنية عليه أجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وان كان فى ضمن ما لم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع أن احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطء قبل النكاح الا أنه لم يظهر هذا الاحتمال فى حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقى معتبرا فى الام لحاجتها الى الامومية الموصلة الى العتق (قوله واذا مات المولى عتقت) يعنى أم الولد (من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وأن لايبعن في دين ولا يجعلن من الثلث) ومعنى قوله أمر حكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وانما ذكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث تأكيد لانه فهم ذلك من قوله وأن لايبعن في دين ولان الحاجة الى الولد أصلية لان الانسان يحتاج الى ابقاء نسله كما أنه يحتاج الى ابقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الاصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) (٤٤٩) وقوله (ولا سعاية عليها) أى على أم الولد

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وأن لايبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء) لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم (واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث) وفي نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ بقوله (لما روينا) أى لانه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يبعن يدل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره أنه غريب قال وفي الباب أحاديث وساق كثيرا مما قدمناه مما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت ولا يخفى أن كلها في غير المقصود فان المقصود أنها تعتق من كل المال وليس في شئ منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب الا أن جماعة تكلموا في عبد الملك (قوله ولان الحاجة الى الولد أصلية) كحاجته الى الاكل أى وحاجته الى أمه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا اجاز استيلاده جارية ابنه بغير اذنه لحاجته الى وجود نسله كما جاز له أكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذ لم تخرج منه فصار اعتاقها كالدفن والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) لا من الاصلية اذ ليس ثم نسب ولد يتبعه أمومة فلا يقدم عتق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان دين السيد مستغرقا سعى في كل قيمته على ما سلف (قوله ولانها) أى أم الولد (ليست بمال متقوم) عند أبي حنيفة على ما تقدم (حتى لا تضمن بالغصب عنده) يعني اذا ماتت عند الغاصب حتف أنفها بخلاف المدبر اذا مات عند الغاصب فانه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيأ ولا تسعى هي في شئ أيضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وانما تضمن بما يضمن به الصبي الحر عند أبي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فأتلفتها وأجمعوا أنها تضمن بالقتل لانه ضمان دم واذا لم تكن مالا متقوما (لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لاصحاب الديون أن يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لان القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخذوا بمقابلة ما وجب عليه من القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولى القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل رجلا مديونا وعفا المديون قبل موته صح وليس لارباب الدين أن يمنعوه من العفو وقيل اذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولى القصاص شيأ لانه ليس حقا ماليا والاقرب المتبادر الاول (قوله واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) يعني اذا أسلمت فعرض الاسلام على مولاها فأبى فانه

(في دين المولى للغرماء لما بينا) أن الحاجة الى الولد أصلية الخ وفي بعض النسخ لما روينا يعني من حديث سعيد بن المسيب ووجه ذلك أنه لما قال ولا يبعن دل على انتفاء المالية واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية وقوله (ولانها) يعني أم الولد (ليست بمال متقوم) حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة لان ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم (فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) فان من له القصاص اذا مات وهو مديون ليس لارباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا منه بمقابلته شيأ متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولى القصاص من استيفاء القصاص وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو (واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية قول بالتقوم اذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها

(قوله وانما ذكر الدين نفيا للسعاية الخ) أقول فيه أنه ليس في السعاية بيع فلا يفيد تنكير الدين ما ذكره نعم لو كان التعبير لا يسعين لتم ما ذكره (قوله ولا يجعلن من الثلث الخ) أقول ممنوع فان المدبر لا يباع في دين ويجعل من الثلث (قوله واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية) أقول منقوض بالمدبر فانه لا يباع للحديث ويسعى كما مر

وقال زفر رحمه الله تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فأبى فان أسلم تبقى على حالها له أن ازالة الذل عنها بعدما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا أحد الاولياء يجب المال للباقين (ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية) لانها أم ولد له ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب (ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له) وقال الشافعي رحمه الله لا تصير أم ولد له

يخرجها القاضي عن ولايته بان يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة الا أنها لا ترد الى الرق ولو عجزت نفسها لانها لو ردت الى الرق ردت الى الكتابة لقيام اسلامها وهو الموجب فلا فائدة في اثبات حكم التعجيز وعلى هذا اذا أسلم مدبر النصراني وتسمية مثل هذا دورا على التشبيه والا فاللازم ليس الا ماذكرنا من عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر أنها لا تقدر الا كذلك والا لو وجدت المال في الحال لم يحتج الى ذلك (وقال زفر تعتق للحال) أي لحال اباء مولاها الاسلام (والسعاية دين عليها) تطالب بها وهي حرة فان أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو أسلم بعده وقال مالك والظاهرية تعتق مجانا وقال الشافعي وأحمد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها الى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فتحل له وجه قول زفر أن النظر ودفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك في اعتاقها بالقيمة له بخلافه مجانا كما قال مالك فانه اهدار ما يجب له من النظر اذا أمكن وأما قول الشافعي ففيه زيادة اضرار به من ايجاب النفقة بلا انتفاع مع امكان دفعه عنه قلنا الامر كما ذكرت غير أن قولنا أدفع للضرر عنه وعنها فانه لا يصل الى البدل عقيب عتقها لانها تعتق مفلسة وربما تتوانى في الاكتساب اذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمي بذلك وتتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل ايفائها حقه وقد قال علماؤنا خصومة الذمي والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم بخلاف ما اذا وقف عتقها على الاداء فانه حامل على الايفاء فكان اعتبارنا أولى اذ كان أنظر للجانبين وقوله (ومالية أم الولد الخ) جواب سؤال يرد على أبي حنيفة في قوله بنفي مالية أم الولد وهو أنها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عندك فقال الذمي يعتقد تقومها (فيترك وما يعتقده) أي مع ما يعتقده ولانا أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقومة في حقه وقد تقدم ان قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ولو سلم أنها ليست متقومة مطلقا فهي محترمة وهذا يكفي لايجاب الضمان وان لم يكن المضمون مالا كما في القصاص المشترك بين مستحقين اذا عفا أحد الاولياء المستحقين له يجب المال للباقين لانه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا وليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة ازالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذمي الا أن هذا الوجه استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام ووجه أيضا أن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوم أم الولد وأنت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبي حنيفة بدل ما هو مال فارجع اليه وان كونه بدل ما ليس بمال قول محمد (**قوله** واذا مات مولاها النصراني عتقت) وسقطت عنها السعاية (لانها أم ولد له) (**قوله** ومن استولد أمة غيره بنكاح) يعني تزوج أمة لغيره فولدت له (ثم ملكها صارت أم ولد) بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول أحمد في رواية (وقال الشافعي لا تصير أم ولد له)

قوله (ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده) جواب عن هذا الاشكال وقوله (ولانها) يعني مالية أم الولد (ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا) أي كونها محترمة (يكفي لوجوب الضمان) جواب آخر ذلك الاشكال واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد وأجيب بأن مبنى الضمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله وقوله (كما في القصاص المشترك) يعني اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقين وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم (ولو مات مولاها) وهو النصراني (عتقت بلا سعاية لانها أم ولد ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب) وهو اسلامها مع كفر مولاها

وقوله (ولواستولدها) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير وجه الشافعي هذه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت برقيق لاتصير أم ولد لمن علقت منه لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة أي في حالة العلوق والجزء لايخالف الكل وفي صورة النزاع ليس كذلك لان الام رقيقة لمولاها في تلك الحالة أي في حالة العلوق فلو انعلق الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل وقوله كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني انها لاتكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاها قيل في كلامه تسامح لان

ولواستولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لايخالف الكل ولنا أن السبب هو الجزئية على ماذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب

وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها ثم عندنا تصير أم ولد له من وقت ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه لان أمومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولدها ثبت له حق الحرية ونحن نقول انما ثبت فيها وصف الامية بعد الملك وان كان بأمر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الامومة ويتفرع على هذا انه لو ملك ولدا لها من غيره قبل ان يملكها له بيعه عندنا خلافا له لانه ليس ابن أم ولده بخلاف مالو ملك ولده منها قبل ملكها فانه يعتق عليه اتفاقا وفي المبسوط لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولده وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم أمه ولو استولدها بملك اليمين ثم استحقت أو بنكاح على انها حرة فظهرت أمة تصير أم ولده عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير أم ولده وفي آخر لا تصير أم ولده (وهو ولد المغرور) وهو حر بالقيمة يوم الخصومة (قوله له) أي للشافعي (انها علقت برقيق فلا تكون أم ولده كما اذا علقت من الزنا ثم ملكه الزاني وهذا لان أمومة الولد باعتبار علوق الولد حرا) وانما قلنا ان الامومة باعتبار علوق الولد حرا (لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لايخالف الكل) وهو حر فلابد ان تستحق هي الحرية واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بأن الرق في أم الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وانما اقتصر المصنف اقتصارا للعلم ببقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزأها حر ومقتضاه حريتها اذ لايخالف الجزء الكل الا أن الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزأ حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبت به حق الحرية عملا بشبهي الجزئية وعدمها لما بقي منها في الحال وهذا المعنى لايوجد اذا علقت برقيق وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته وتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها (ولنا ان سبب الامومة) في محل الاجماع وهو الاصل (هو الجزئية على ماذكرنا من قبل) يعني عند قوله أول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد (والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا) فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو

قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لايثبت اذا علقت من الزنا وقوله (وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) يدل على ان هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفي صورة الزنا انما لم تثبت أمومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان المزني بها في تلك الحالة ملك مولاها (ولنا ان سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ماذكرنا من قبل) أول الباب حيث قال ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب بالنكاح

(قال المصنف وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) أقول قال الزيلعي ولامعتبر بما ذكر من حرية الجنين لانه لو أعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ولو كان لاجل الاتصال لم يثبت اه وفيه بحث لان الشافعي يعتبر في أمومية الولد علوق الولد حرا وفي اعتاق الجنين علوق رقا وكم بين حال الابتداء والبقاء ثم ان المولى باعتاقه منفردا جعله شخصا على حدة وأخرجه عن حكم الجزئية فغلب جهة الانفصال على جهة الاتصال فليتأمل

فثبتت الجزئية بهذه الواسطة واذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه (لانسب) فيه أي في الزنا (للولد الى الزاني) فلا تثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت أمومية الولد فان قيل لما لم يثبت النسب من الزاني فعلام يعتق عليه الولد من الزنا اذا ملكه أجاب بقوله (وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة) بخلاف أمومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني منقطعة فكان أمومية الولد من الزنا (نظير من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه) أي الاخ (ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة) والمراد بالاخ الاخ لاب وأما الاخ لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة وقوله (واذا وطئ جارية ابنه) ظاهر

فثبتت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة (واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولده وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد

ثابت في الزوج فثبتت الامومة (بخلاف الزنا فانه لا نسب يثبت للولد من الزاني) فلا تصير الامة التي جاءت بولد من الزنا اذا ملكها الزاني أم ولده استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير أم ولده وهو القياس فان قيل فكان ينبغي أن لا يعتق الولد اذا ملكه أبوه من الزنا اذا كان لا يثبت نسبه منه أجاب بقوله (وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره) أي نظير أم الولد من الزنا حيث لا تعتق عليه لعدم انتسابه الى أبيه (من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق) عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل (بواسطة نسبته الى الوالد) وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان أخاه لامه فصار الحاصل ان الامومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد بل انها تثبت منه غير متعرض لنفيها عن غيره فاذا صح تعليله بثبوت نسب ما تأتي به منه ثبتت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا الا أن ينفي المفهوم المخالف وهم وان أثبتوه قدموا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا أنه يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولده وجوابه ان ثبوت الامومة لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا ومما تنتفي فيه الامومة ما ذكر في الايضاح أمة جاءت بولد فادعاه أجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه فان ملكه المدعي عتق ولا تصير أمه أم ولده (قوله واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد للاب) سواء كان الابن وطئها أولا لان حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كوطء الحائض (وعليه قيمتها) لانه ملكها قبيل الوطء بالقيمة ليقع الوطء في ملكه (وليس عليه عقرها) لسبق ملكه الوطء (ولا قيمة ولدها) لانه انعلق حرا لتقدم الملك على الام (وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها) في باب نكاح الرقيق من (كتاب النكاح) وللشافعي قولان أحدهما تصير أم ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكما للوطء اذ لو أثبته سابقا عليه لم يتجه له ايجاب المهر والقول الآخر لا تصير أم ولد ويلزمه المهر لانه لم يملكها وهو قول أحمد وعلى هذا تستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت أو لا واذا كان تملكها لازما عرف انه لا يصح دعوة ولد مدبرة ابنه ولا أم ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان في لفظ الجارية عرف يخرجهما فقد أخرجهما باللفظ والا فبالحكم المذكور في المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة أيضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء أو رد وولدت لاقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه الاب لم تصح دعوته الا أن يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم أسلم أو عبدا فأعتق أو مجنونا فأفاق فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا تصح لعدم الولاية الا ان يصدقه أما المعتوه

(قال المصنف فثبتت الجزئية بهذه الواسطة) أقول قال ابن الهمام يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولده وجوابه أن ثبوت الأمومية لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا اه وفيه بحث لأن ولد الزنا كيف لا يثبت نسبه بالاعتراف وجوابه أن ذلك ثبت بالاستحسان على خلاف القياس اذ المراد بالاعتراف هو الاقرار المصادف محله وهو الملك (قال المصنف واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه) أقول ولصحة هذه الدعوى شرائط مذكورة في شرح الكنز للزيلعي

(وان وطئ أبو الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب) لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب (ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب) لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية (واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) لانه لما ثبت النسب فى نصفه لمصادفته ملكه ثبت فى الباقى ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين (وصارت أم ولده) لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما (وعند أبى حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولده ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه

المعتوه لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر من افاقته ففى القياس لا تصح لعدم ولايته عند العلوق وفى الاستحسان تصح لان العته لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعى مرتدا فهى موقوفة عند أبى حنيفة رحمه الله ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهى فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغى ان تتوقف عندهما أيضا لان تصرف المرتد فى مال ولده موقوف عندهما أيضا لكنها تضمنت التصرف فى مال نفسه وفيه لا يتوقف لاسيما فى النسب لانه يحتاط فى اثباته فينفذ (قوله وان وطئ أبو الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه) لان شرط الصحة قيام الولاية على ماذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا أو حيا كافرا أو عبدا أو مجنونا فان الجد حينئذ يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته فى هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند أبى حنيفة موقوفة فان أسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته أو لحق وقضى بلحاقه صحت ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم استردها فولدت لاقل من ستة أشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا فى الاب (قوله واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) سواء كان فى المرض أو فى الصحة وكذا اذا ادعى أحدهما وأعتق الآخر معا فالدعوة أولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعى مسلما أو كافرا لانه لما ثبت النسب فى نصفه المملوك له من الجارية ثبت فى الباقى ولفظ فى يحمل على معنى من التى لابتداء الغاية أى ثبت من نصف الامة المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله صلى الله عليه وسلم دخلت امرأة النار فى هرة أى لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له لان قوله ثبت فى الباقى ينبو عنه وحاصل المعنى انه ثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه أى النسب لا يتجزأ ثبوته من امرأة فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها ولا يقال سيأتى انه يثبت من رجلين بالنسبة الى امرأة واحدة لانا نقول ليس فى ذلك تجزئة من امرأة لان النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها الواحد ومن البعض الآخر للآخر وانما لا يتجزأ لان سببه وهو العلوق لا يتجزأ فى امرأة بأن علق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مثبتى القيافة على ما سيأتى فعدم التجزى ان لا يعلق الولد بنصفها (قوله وصارت أم ولده) اتفاقا أما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزأ كما لا يتجزأ ثبوت النسب فلا يصير نصفها أم ولده ثم يتملك نصيب شريكه بل تصير كلها أم ولد وعنده يصير نصفها أم ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزى الامومة كما امتنع تجزى ثبوت النسب لان معنى كونها أم ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزأ عنده بمعنى زوال الملك فجازت أمومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء فى الباقى أو اعتاقه الى آخر ما عرف لكن لما كان

وقوله (واذا كانت الجارية بين الشريكين) هذه المسئلة قد مر ذكرها فى أول الباب حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هنالك من حيث ان الاستيلاد يخرج الامة الى حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما أريد بعدم تجزى الاستيلاد المذكور هنالك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه (قوله فادعاه أحدهما) لا فرق فى ذلك بين الصحة والمرض وقوله (لانه لما ثبت النسب منه فى نصفه الخ) يرد عليه القلب وهو أن يقال لما لم يثبت النسب منه فى نصيب الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت فى الباقى ضرورة انه لا يتجزأ الى آخر ما ذكر فى الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطا ألا ترى انه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة وقوله (فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه) قال فى النهاية هذا على اختيار بعض المشايخ وأما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يقترنان لما عرف فى أصول الفقه وأقول يجوز أن يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتى دون الزمانى وحينئذ يكون واردا على الاصح من المذهب

بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه (ولا يغرم قيمة ولدها) لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك

النص المفيد لتجزى العتق أوجب ان لا يقر بعضه عتيقا و بعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها أم ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقة للعتق والحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها فى حق الامومة بل التجزى فى الابتداء ثم يتم للكل عنده وعندهما صارت أم ولد من أول الامر ثم لا يخفى ان تعليل تملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق عد جنونا وكونه أفسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وهاهنا لو رضى الشريك بترك تضمينه ويصير نصفها ملكا له ونصفها أم ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها و يرق نصفها الآخر أو تسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا من النص الدال على انه اذا عتق البعض لا يبقى البعض رقيقا وألحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذى علقت منه وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطء وبابتدائه يثبت المهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما أصاب حصته ويضمن حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها فى الخارج لم يختره المصنف وقد ملأ الكتاب من ذلك وأوله من باب من يجوز دفع الصدقة اليه فى خلافية زفر فيما اذا دفع النصاب الى الفقير منعه زفر لان الدفع قارن الغنى فأجاب بأنه حكم الدفع فيتعقبه فحصل الدفع الى الفقير ثم لم يزل يكرره فى كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم فى يساره واعساره لانه ضمان تملك كالبيع وعن أبى يوسف ان كان المدعى معسرا سعت أم الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكها يثبت شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفى لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطء فى ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء أجيب بأن الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذى يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذى به الاستيلاد ومنه الوطء فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب ثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه يثبت من ذلك الوقت أيضا فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن له شيأ واعلم ان مقتضى ما ذكره المصنف من ان الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل ملك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه واستناد النسب الى العلوق بعدما وقع فى ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شئ على ملكه لا يقال يمكن كونه أراد بالاستيلاد فى قوله حكما للاستيلاد الوطء لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق أو على مجموع الوطء مع الانزال والعلوق أما مجرد الوطء بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد ضرورة صيرورتها أم ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بأن حكم العلة معها فى الأصح لا يفيد لان نقله مع العلوق أيضا بلا موجب لانها ما لم تصر أم ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقبا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لانه حينئذ ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا

وقوله (بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه) وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث ان ملك الشريك فى النصف قائم وقت العلوق وذلك يكفى فى الاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطء واقعا فى غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشريك فيجب العقر وأما الاب فلم يكن له ملك فى الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد فى ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطء فى ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا النصف مهر مثلها هكذا فى مبسوط شمس الائمة السرخسى وفى مبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالا وقوله (فلم يتعلق منه شئ على ملك الشريك) لانه كما علق انعلق حر الاصل لان نصفه انعلق على ملكه وأنه يمتنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب

(وان ادعيامعاثبت نسبه منهما) قال المصنف (معناه اذا حملت على ملكهما) وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهى أم ولده لان نصيبه منها صار أم ولده والاستيلاد لا يتجزأ فيثبت فى نصيب شريكه أيضا (وقال الشافعى يرجع الى قول القافة) وهى جمع القائف كالباعة فى جمع البائع وهو الذى يتبع آثار الآباء فى الابناء من قاف أثره اذا اتبعه والقيافة فى بنى مدلج منهم المجزز (لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين) أى من ماء فحلين (متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف فى أسامة) روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة وأسارير وجهه تبرق من السرور فقال أما علمت ان مجززا المدلجى مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز اظهار السرور ولوجب عليه الرد والانكار (ولنا كتاب عمر الى شريح فى هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقى منهما) أى الولد يكون للاب الباقى من الابوين اللذين كانا اذا مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحى دون أن يكون نصفه لورثة الاب الميت (وقوله وكان بمحضر من الصحابة) يروم به ابرازه فى مبرز المجمع عليه وقوله (فى سبب الاستحقاق) يعنى الملك وقيل الدعوة (وقوله أحكام متجزئة) يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف فى ماله والحضانة والميراث فما يقبل التجزئة كالميراث يثبت على التجزئة فى حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره

(وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعى رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف فى أسامة رضى الله تعالى عنه ولنا كتاب عمر رضى الله تعالى عنه الى شريح فى هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وعن على رضى الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت فى حقهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره

حملت على ملكهما فان اشترياها حاملا فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل فى ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهى كالاعتاق الموقع الا انه يضمن نصيب شريكه فى اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه ههنا لان الوطء لم يوجد فى ملك شريكه (قوله وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) وكانت الامة أم ولد لهما فتخدم كلا منهما يوما واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحى فى تركة الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحى عند أبى حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسعى فى نصف قيمتها له ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية فى قول أبى حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بما له على الآخر وفائدة ايجاب العقر مع التقاص به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه بقى حق الآخر وأيضا لو قوم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث أب واحد فهذه أحكام دعوتهما ذكرها القدورى ومنها انه للباقى منهما حتى اذا مات أحدهما كان كل ميراث الابن للباقى منهما وفرق المصنف بينها بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسيقيده بما اذا لم يكن مع أحدهما مرجح فلو كان بان كان الشريكان أبا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان أحدهما ذميا يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما أو يكون مسلما وقيده ههنا بما اذا حملت على ملكهما وهو ان تلده لتمام ستة أشهر يعنى فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهى أم ولد الزوج فان نصيبه صار أم ولده والاستيلاد لا يحتمل التجزى عندهما ولا بقاء عنده فيثبت فى نصيب شريكه أيضا وأيضا اما اذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعنى لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول أولى لكون العلوق فى ملكه وعما اذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتريا أمة فولدت لاقل من ستة أشهر من حين ملكاها أو ولدته قبل ملكهما اياها فاشترياها فادعياه لا تكون أم ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد فان شرطها كون العلوق فى الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقدمنا فى كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما اذا قال لعبده هذا ابنى وأمه فى ملكه هل تصير أم ولده أولا

قيل نعم مجهول النسب أو معلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم فى مجهوله لا فى معلومه فيحمل ذلك على أنه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثورى واسحق بن راهويه وكان الشافعى يقوله فى القديم ورجح عليه أحمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعى يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب الى أيهما شاء فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت له نسب من غير أمه والقائف هو الذى يتبع آثار الآباء فى الابناء وغيرها من الآثار من قاف أثره يقوفه مقلوب قفا أثره مثل راء مقلوب رأى والقيافة مشهورة فى بنى مدلج فان لم يكن مدلجى فغيره وهو قول أحمد وقال به مالك فى الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بأن الولد لا يتخلق من ماءين لانها كما تعلق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه وهذا يفيد ان القافة لو ألحقوه بهما لا يلحق وهو قول الشافعى انه يبطل قولهم اذا ألحقوا بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما أخرج الستة فى كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة ألم ترى ان مجززا المدلجى دخل على وعندى أسامة بن زيد وزيد وعليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال أبو داود وكان أسامة اسود وكان زيد أبيض (ولنا كتاب عمر رضى الله عنه الى شريح فى هذه الحادثة) ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب فى جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله أعلم بذلك قال (ولانهما استويا فى سبب الاستحقاق) يعنى الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزأ ولكن يتعلق به أحكام متجزئة كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف فى ماله والحضانة فما يقبل التجزى كالارث وما ذكرنا يثبت فى حقهما على التجزئة وما لا يقبلها كالنسب وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كملا كأن ليس معه غيره * واعلم ان المعروف فى قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضى الله عنه فى امرأة وطئها رجلان فى طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبى وعلى يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ذكره سعيد أيضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب فى رجلين اشتركا فى طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعا عمر القافة واقتدى فى ذلك ببصر القافة وألحقه أحد الرجلين ثم ذكر أيضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال لما دعا عمر القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال قد كنت أعلم ان الكلبة تلد لاكلب فيكون كل جزء لابيه ما كنت أرى ان ماءين يجتمعان فى ولد واحد وأسند عبد الرزاق أيضا عن معمر عن قتادة قال رأى القافة وعمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه وقال هو بينكما يرثكما وترثانه قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول المصنف وعن على مثل ذلك يشير الى ما أخرج الطحاوى فى شرح الآثار عن سماك عن مولى لآل مخزوم قال وقع رجلان على جارية فى طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من أيهما هو فأتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقى منكما ورواه عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثورى عن قابوس عن أبى ظبيان عن على قال أتاه رجلان وقعا على امرأة فى طهر فقال الولد بينكما وهو للباقى منكما وضعفه البيهقى فقال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن أبى ظبيان عن على قال وقد روى على مرفوعا خلاف ذلك ثم أخرج من طريق أبى داود حدثنا حبيش بن أصرم حدثنا عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثورى عن صالح الهمدانى

عن الشعبى عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال أتى على رضى الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة فى طهر واحد فسأل اثنين أتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين قالا لا فأقرع بينهم فالحق الولد بالذى صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثى الدية قال فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى * واعلم ان أبا داود رواه أيضا موقوفا وكذا النسائى على على باسناد أجود من إسناد المرفوع وكذا رواه الحميدى فى مسنده وقال فيه فأغرمه ثلثى قيمة الجارية لصاحبيه وهو حسن مبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم سر بقول القافة وان عمر قضى على وفق قولهم وانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر اثبات على النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القافة فأجاب المصنف عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون فى نسب أسامة رضى الله عنه لما تقدم من حديث أبى داود انه كان اسود وكان زيد أبيض فكانوا لذلك يطعنون فى ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة فكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسروره لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التأذى بنفى نسبه وظهور خطئهم والرد عليهم ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقا فى نفسها فتكون متعلق سروره أيضا أوليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان حكمنا بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن بعض يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفى النسب واعلم انه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال صلى الله عليه وسلم فيه ان جاءت به أصهيب أثيبج حمش الساقين فهو لزوجها وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذى رميت به وهذه هى القيافة والحكم بالشبه وأجاب أصحابنا بان معرفته ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحى لا القيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه أن يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمى به أشبه الزوج أولا لحصول الحكم الشرعى حينئذ بانه ليس ابنا للنافى وهو يستلزم الحكم بكذبها فى نسب الولد وأجيب أيضا بانه لا يلزم من حقية قيافته صلى الله عليه وسلم حقية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار أمور ظاهرة يستوى الناس فى معرفتها ثم انه صلى الله عليه وسلم سر بفعل على رضى الله عنه وهو إلحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريق صحيحة لتقريره صلى الله عليه وسلم اياه بل سر به فان الضحك دليله مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غيرانه يبقى ما ثبت عن عمر من العمل بقول القافة فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروى عنه من قصة شريح لخفائها وعدم تثبيتها وان كانت قصة مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة عنه لكنهما امامان لا يرويان الا عن قوى أمين مع حجية المرسل عندنا فكيف بهمن هذين على ان قول سعيد بن المسيب نعم فى اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول بعمر لان سعيدا روى عن عمر وبالجملة فلا خلاف فى ثبوت مثل هذا واذا ثبت عمل عمر بالقيافة لزم ان ذلك الاحتمال فى سروره صلى الله عليه وسلم وهو كون الحقية من متعلقاته ثابت والشافعى رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه القول بثبوت النسب من اثنين اذ حل محل الاجماع من الصحابة وهو ملزوم لاحد الامرين إما أن سروره صلى الله عليه وسلم لم يكن متعلقا الا برد طعنهم أو ثبوت نسخه وبه نقول الا انا نقول انه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات لان الماءين لا يجتمعان فى الرحم الا متعاقبين فاذا فرض انه خلق من الاول لم يتصور خلقه من الثانى بل انه يزيد فى الاول فى سمعه قوة وفى بصره وأعضائه وأما التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل لا تحيض فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم

الاذا كان أحــد الشريكين أباللآخر أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسـلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صـلى الله عليه وسـلم فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله تعالى عنــه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسربه (وكانت الامــة أم ولد لهـما) لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهــما ميراث ابن كامـل) لانه أقر له بميراثه كله وهو حجة في حقــه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما في النسب كما اذا أقاما البينة (واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صــدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنــه

بانه في نفس الامر من ماء أحدهــما ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نســبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر وقال أبو يوسـف لا يثبت من أكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه تركناه لاثر عمر وقال محمــد لا يثبت لاكثر من ثلاثة لاقرب الثلاثة من الاثنـين ولابي حنيفة ان سبب ثبوت النسب من أكثر من واحــد الاشتباه والدعوة فلا فــرق فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهــما عنــد أبي حنيفــة وعنــدهــما لا يقضى للمرأتين فــلا يلحق الابام واحــدة ولا فــرق بين كون الانصــباء متفاوتة أو متساوية في الجــارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هــذه المرأة وهي تصدقه فعنــد أبي حنيفــة يقضى به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين (قوله الا اذا كان أحد الشريكين أباللآخر) استثناء من قوله وما لا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهــما كملا وفي المبسوط أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبــد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فان لم يكن فيهــم مسلم بل من بعده فقط فالذمي أولى لانه حر والمكاتب والعبــد وان كانا مسلمين لكن يفيــد الولد تحصيل الاســلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحــد منهما النسب لانه ليس له لهم ملك ولا شــبهة ملك قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له أمة ولا يتعين ذلك بل ان يزوج منها أيضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه أقرب الى الاسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر (قوله وكــانت الامة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها) ولا يضمن واحد منهــما الشريكه شيأ لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شئ (قوله ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه أقر له بميراثه كله) حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة في حقــه (ويرثان منــه ميراث أب واحد) لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا تسرى في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما اذا أقاما البينة على شئ يصير مشتركا بينهما فكذا اذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع (قوله واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه) وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر فحينئذ يثبت نسبه منه لما سيذكر (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعتبر تصديقه بل

(وقوله الا اذا كان أحــد الشريكين) استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا وقوله (وسرور النبي صلى الله عليه وسلم) جواب عن قوله وقــد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد أكثر من اثنين فجوزه أبو حنيفة ونفاه أبو يوسف وجوزه محمد الى الثلاثة وقال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه وقال محمد الثلاثة قريبة من اثنين وقال أبو حنيفة سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجدا وقوله (فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها) يعني تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هــذا لانه لا تأثير للاسـتيلاد في ابطال ملك الخدمة واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعتقها عنــد الموت ولا ســعاية عليها في قول أبي حنيفة وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما ولو أعتقها أحدهما في حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول أبي حنيفة وعندهــما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه ان كان موسرا وتســعى في نصف قيمتها ان كان معسرا (وعــلى كل واحــد منهما نصــف العقر قصاصا بماله على الآخر) بفتح اللام أي بالذي له وقــوله (كما اذا أقاما البينة) يعني اذا أقاما البينة على شئ يكون ذلك الشئ مشــتركا بينهما على السواء فكذلك هنا واذا أقاما البينــة عــلى ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما أن يصدقه المكاتب أولا فان صدقه ثبت يثبت النسب ولا تصير الجارية أم ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب أيضا (وعن أبي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب

(ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق ان المولى لايملك التصرف فى اكساب مكاتبه بحجره على نفسه ولهذا الايملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلايملكها المولى الابتصديقه والاب يملك تملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه وانما لاتصير الجارية أم ولده اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له فى كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد ألاترى أنه بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب فى مال الولد ملك ولاحق ملك ولايمكن اثبات النسب منه الاباعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطء فى ملكه

و وجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لايملك التصرف فى اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال (وعليه عقرها) لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره

يثبت) نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب كسب المدعى أو بطريق أولى لان للمولى فى المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة فى رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك أقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى أولى (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين جارية الابن وجارية المكاتب (أن المولى لايملك التصرف فى اكساب مكاتبه) بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لايثبت له حق تملكه (والاب يملك تملكه) لحاجته على ماعرف (فلا معتبر بتصديقه) وهذا بخلاف الوارث يستولد أمة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق أحد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص مايشاء من التركة باعطاء قيمته فليس أحد أحق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعى ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه و وجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وههنا ان حصل العلوق فى ملك المولى لرقبة المكاتب لكن لم يحصل فى ملكه الجارية ملكا خالصا واعترض بانه لامعنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف فى مال المكاتب فتصديقه لايوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضى ان لايثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من ثبوته ألاترى انه لو أقام البينة على انه وطئها لايثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة أقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق وقد يجاب بأن هذا الحجر لحق آدمى لكونه هو أحق بالدعوى فلا يظهر حقه فى الاستلحاق فى مقابلة من هو أحق به منه الا أن يصدقه لجواز ان يكذبه بأن يدعيه هو فلابد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا أقام بينة على الوطء فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعا بل نفقد عالملاحق على غيره بخلاف أحد الشريكين اذا استلحق فانه لايتوقف على تصديق الآخر لانه ليس أحدهما أحق من الآخر (قوله وعليه عقرها) للمكاتب (لانه) أى لان وطأه المدلول عليه بقوله فاذا وطئ المولى لايتقدمه الملك لان ماله من الحق أى حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره يعنى من قوله عقيبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك فى الجارية فيتقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ أمة نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطء أمتها أولى وأبعد شارح فقال أى لما نذكره فى كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى فى ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق فى ذمة سيد أمة لايصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من

و ولدت منه فكانت أم ولد له وقوله (وعليه عقرها) أى على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك لايتقدم الوطء لان ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطء واقعا فى غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثانى وقوله (لما نذكره) أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب قيل فى كلام المصنف نظر لانه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص فى الكتب عن أصحابنا ان الاستيلاد لايثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية أم ولده أى للمولى فاذا لم تصر الجارية أم ولد له فمن أين يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أقوى من دلالته على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد صحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف أجل قدرا من ان يقع بين كلاميه فى سطرين تناقض

(قوله أن المولى لايملك التصرف فى اكساب مكاتبه بحجره على نفسه) أقول ضمير بحجره وضمير لنفسه راجعان الى المولى (قوله والاب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه) أقول ضمير لانه وضمير نفسه راجعان الى الاب (قال المصنف لما نذكره) أقول أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب كذا قاله الشارح أكمل الدين وقال ابن الهمام بل المراد به قوله عقيب هذا انه كسب كسبه بخلاف الأب فانه ليس له حق ملك فى الجارية فيقدم ملكه عليها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر

وقوله (وقيمة ولدها) معطوف على قوله عقرها وقوله (وهوانه) قيل أي الولد يعني ان الولد حصل له (من كسب كسبه) فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز أن يكون انه أي الجارية كسب كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في رقبه يعود الى الولد قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير أم ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله

قال (وقيمة ولدها) لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهوانه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية أم ولد له) لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور (وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت) لما بينا انه لابد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله تعالى أعلم بالصواب

مكان بعيد وهو أقرب اليه من حبل الوريد (قوله وقيمة ولدها) عطف على عقرها أي وعليه قيمة الولد (لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهوانه) أي الجارية بتأويل الشخص (كسب كسبه فلم يرض برقه) حيث اعتمد دليلا يوجب حريته (فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه) كما ان المغرور بشراء أمة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرية الولد بالقيمة الا أن قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لمالكها الا انه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في أقرب أوقات الامكان وأما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه أمانة حبسها عن صاحبها تقديرا فتعتبر القيمة يوم الحبس وتحقق هذا الحبس والمنع انما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها (ثم لا تصير الجارية أم ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في أم ولد المغرور) المبيعة المستحقة لا تكون أم ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير أم ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه أول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه وأما ثبوت أمومية الولد للام فانما هو لازم في بعض الصور وهو أكثرها دون بعض وليس عينا ليلزم نفي ما أثبته ثم اذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب (قوله وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا) أي من انه لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه (فلو ملكه) أي لو ملك الولد (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه) وكان ولدا له (لقيام الموجب) وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب ﴿ فروع ﴾ رجل فجر بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير أم ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفي المحيط يجوز اعتاق أم الولد وكتابتها التعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية (١) وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جوامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسعى في دين وفي الكافي أمة بين رجلين قالا في صحتهما هي أم ولد أحدنا ثم مات أحدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة لانه يخبر عن نفسه والورثة تخبر بفعل غيرهم فان قال الحي هي أم ولدي فهي أم ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيأ لانه لما أقر بوطئها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل ولو قال هي أم ولد الميت عتقت صدقته الورثة او

كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لابد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية أم ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في أم ولد المغرور وقوله (وان كذبه) معطوف على قوله فان صدقه المكاتب وقوله (ولو ملكه) يعني ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه لقيام الموجب) وهو الاقرار بالاستيلاد (وزوال المانع) وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية أي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة الا أن بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

(١) قوله وفي غيرها الخ بهامش نسخة العلامة البحراوي كذا في النسخ الحاضرة ولعله وفي غيره أي غير المحيط لا يصح تدبيرها أي تدبير أم الولد والله أعلم اهـ كتبه مصححه

(قال المصنف وهوانه كسب كسبه) أقول الضمير راجع الى الجارية بتأويل الشخص أو باعتبار الخبر (قوله فتقديره كما في أم ولد المغرور) أقول على تقدير المضاف وارادة المعنى اللغوي في أم الولد

أو كذبته لانه ان صدق فهي حرة وان كذب فكذلك لاقراره بعتقها بموته
ولا سعاية للحي لانه يدعي الضمان على الميت وكذا للورثة لانهم
يدعون عليه الضمان ان كذبوه في اقراره وان صدقوه
فقد أقروا بعدم السعاية والله الموفق

﴿ تم الجزء الثالث ويتلوه الجزء الرابع أوله كتاب الايمان ﴾

فهرست الجزء الثالث من فتح القدير

(تمت)